التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار

دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور أحمد عبد الرحمن الملحم
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

تمهيد وتقسيم:

لقد ساير الدستور الكويتي - إلى حد ما - التطورات الحديثة التي طرأت على النظام العالمي عند إرسائه مبادىء حرية التجارة في المواد من ١٦ - ٢٠ من الدستور، ممهداً بذلك للمشرع العادي لإصدار التشريعات، إن رغب القيام ببعض الإصلاحات الاقتصادية، ومنها تحويل ملكية بعض المصالح العامة إلى القطاع الخاص أو إقرار اندماج بعض المؤسسات المالية بغية تقوية مراكزها المالية.

ولما كان المشرع قد أخذ بمبدأ حرية التجارة بما حاصله حرية انسيابها دونما عوائق، فيتوجب والحال كذلك بموجب مفهوم المخالفة حظر كل ما من شأنه إعاقة أو تقييد التجارة، أي ضرورة بث المنافسة التجارية بالسوق، والحيلولة دون تقييدها أو تفاديها سواء من الأفراد أو من الحكومة.

بيد أنه قد يتواطأ التجار على الصعيد الأفقي - أي بين مجموعة من التجار المتنافسين الذين يعملون على مستوى واحد في السوق - مثل تجار الجملة - على تحديد سعر بيع أو شراء سلعة معينة وذلك من أجل:

أ - زيادة أرباحهم أو

ب - تفادي الوقوع بالمخاطر التجارية.

وقد يحقق التكتل هذا، الأهداف المرسومة له، وقد يحقق جزءاً منها ويخفق في تحقيق الباقي. وقد يخفق التكتل في تحقيق جميع أهدافه. والتساؤل الذي يثور في هذا الصدد هو مدى مسئولية التجار المتكتلين على الصعيد الأفقي عن عملهم هذا ؟ سواء تحققت النتائج المرجوة أو باءت محاولاتهم بالإخفاق. وهذا الإشكال يثور - بالطبع - بعد حظر المشرع عمل التجار المتقدم بشكل صريح. وهو ما لم يفعله المشرع الكويتي بعد. ويعد ذلك نقصاً يعترى التشريع الكويتي.

بيد أن المشرع الكويتي ولئن حظر بمفهوم المخالفة تقييد التجارة لأنه يتطلب إطلاقها وتحريرها من العوائق، فإن هذا المبدأ يظل دستورياً وبحاجة إلى قواعد قانونية على مستوى المشرع العادي من أجل إعماله ووضعه محل التنفيذ.

وبدافع إلى إجراء بعض الإصلاحات على صعيد الاقتصاد الوطني فقد بادر بعض نواب مجلس الأمة إلى إعداد مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار.

وقد نص في مادته الأولى - وهي المتعلقة بموضوع هذا البحث - على حظر القيام «بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة. كل عمل يقع بسوء نية من التاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية ويكون من شأنه.. إعاقة التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة في مجال انتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت. وتعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص:

١ - الاتفاق الصريح أو الضمني على تحديد سعر بيع البضائع أو الخدمات إلى الغير».

وبهذا يكون المشرع الكويتي قد ردم الهوة التي تعتور التشريع الكويتي منذ إصدار الدستور سنة ١٩٦٢.

وعلى العموم يستهدف هذا البحث بيان المقصود بالتقييد الأفقي للمنافسة ومن ثم التصدي على وجه الخصوص لاتفاق تحديد الأسعار بين التجار باعتباره محور التقييد الأفقي والهدف المشترك لكل الاتفاقات المقيدة للمنافسة على الصعيد الأفقي، وذلك على هدى من أحكام ومبادىء تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية وبصفة خاصة المادة الأولى من قانون شيرمن سنة ١٨٩٠ ومقارنين ذلك بالقانون الأوروبي المتمثل بنص المادة ٨٥ من اتفاقية روما لسنة ١٩٥٢ (EEC) أو اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة. على أن نمهد لهذا البحث بمبحث تمهيدي نتناول فيه المقصود بحرية المنافسة وأهدافها الاستراتيجية.

خطة البحث:

القسم الأول: المقصود بالتقييد الأفقي للمنافسة واتفاق تحديد الأسعار.

الفصل الأول: مقدمة عامة حول حرية المنافسة وأهدافها الاستراتيجية.

الفصل الثاني: التقييد الأفقي للمنافسة.

الفصل الثالث: اتفاق تحديد الأسعار.

القسم الثاني: الموقف التشريعي والقضائي للتقييد الأفقي للمنافسة واتفاق تحديد الأسعار.

الفصل الأول: الأساس القانوني لمخالفة التقييد الأفقي للمنافسة في القانونين الأمريكي والأوروبي.

الفصل الثاني: المبادىء القانونية القضائية السارية في تحليل النصوص القانونية والدعاوى المتعلقة بالتقييد الأفقي للمنافسة.

الفصل الثالث: المبادىء القانونية التي يخضع لها اتفاق تحديد الأسعار.

القسم الأول
المقصود بكل من التقييد الأفقي للمنافسة واتفاق تحديد الأسعار

الفصل الأول
حرية المنافسة وأهدافها الاستراتيجية

من الأهمية بمكان التطرق - ابتداء - إلى تحديد المقصود بحرية المنافسة وعلاقة هذه الحرية بمبدأ حرية التعاقد وخاصة عند تنازع المبدأين. وإذا ما وضح ذلك، فمن اللازم تناول المقصود بتقييد المنافسة، وهل يختلف الوضع لو استعمل مصطلح تقييد التجارة (المبحث الأول).

ونعرج في المبحث الثاني إلى بيان الأهداف الاستراتيجية العامة للمنافسة على أن نتبعها بتلك التي أرساها كل من المشرع الأمريكي من ناحية والأوروبي من ناحية أخرى. ونختم هذا المبحث بتعداد الأهداف الخاصة للمنافسة في الدستور الكويتي.

المبحث الأول:
حرية المنافسة

أرسى المشرع الكويتي مبدأ حرية التجارة بطريق التعريض - إذ يتجلى هذا المبدأ عند النظر والجمع بين بعض مواد الدستور. فقد بنى المجتمع الكويتي على ثلاث دعامات: هي العدل والحرية والمساواة[1]. والحرية الشخصية مكفولة[2].

(١) المادة السابعة من الدستور الكويتي.
(٢) المادة الثلاثون من الدستور الكويتي.

ومن جانب آخر نظم المشرع الملكية بنص عام يوحي بفكرة حرية التجارة بقوله: «الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون»[١]. ونهتدي من هذه النصوص مجتمعة إلى تأصيل مبدأ حرية التجارة - فمن يشتري مالاً يكون حراً في التصرف فيه، ببيعه من أجل تحقيق الربح. ومن ثم لا يجوز حرمان أحد من شراء الأموال أو انتقال ملكية المال إليه. وقد عرض المشرع المبدأ بمفهوم المخالفة عند إشارته بأنه لا يجوز فرض عمل إجباري على أحد، والمصادرة العامة للأموال محظورة[٢]. ويبين من ذلك أنه لا ينحصر مفهوم النص بتحريم السخرة، بل يمتد ليشمل مفهوم حرية التجارة، فالعبرة بعموم النص وليس بخصوص السبب.

ويعطي مبدأ حرية التجارة التاجر الحق في عرض سلعه وخدماته إلى الجمهور - ويعني ذلك حق الدخول إلى السوق أو ممارسة حرية العرض دونما قيود، بما حاصله حظر تكوين عوائق لدخول تجار منافسين إلى السوق أو إقصاء منافسين من السوق. ومن جانب آخر يعطي مبدأ حرية التجارة للعملاء الحق في طلب البضائع أو الخدمات التي توفر إليهم بأفضل الأسعار والمواصفات والشروط - ويعني ذلك حرية الطلب[٣]. بما حاصله حظر تكوين احتكارات أو مراكز متحكمة في السوق تحد من حرية العميل في تطبيق مبدأ حرية الطلب، أي اختيار المتعاقد الآخر ومفاوضة شروط العقد بما يحقق مصلحة العميل[٤]. وترتيبا على ذلك تعمل المنافسة التجارية على حماية مبدأي حرية العرض وحرية الطلب المتفرعين عن مبدأ حرية التجارة.

---

(١) المادة الثامنة عشرة من الدستور الكويتي.

(٢) المادة الثانية والأربعون والتاسعة عشرة من الدستور. انظر بشكل عام المواد من ١٦ - ٢٠ من الدستور الكويتي.

(٣) Tim Frazer, "Competition Policy after 1992: The next step" 53 M.L.R. 609, Sept. 90, at 614.

(٤) Valentine Korah, "EC Competition Law and Practice," 5th, ed, Sweet & Maxwell, London, 1994, PP. 7-15.

غير أنه يتطلب الإعمال الفعال لمبدأ حرية التجارة إرساء نظرية متكاملة للمنافسة بحسبانها تعمل على إيجاد التوازن بين حرية التجارة على الإطلاق حال تنازعه مع مبدأ حرية التعاقد. بمعنى، متى يحق للتجار الاستناد إلى مبدأ حرية التعاقد حتى وإن أدى إلى تقييد المنافسة ؟. ولما كان لكل حرية نطاق ومدى، فما هو حد مبدأ حرية التعاقد لو تنازع مع مبدأ حظر تقييد المنافسة ؟. وإذا كان مبدأ حرية التعاقد يخول التاجر اختيار من يتعاقد معه، فهل بمقدور مجموعة من التجار قصر التعامل على بعضهم البعض رغبة في مقاطعة تاجر آخر تمهيداً لإقصائه من السوق؟ وهل بمقدور طائفة من التجار تحديد سعر السلعة رغبة في التضييق من حرية الفرد في التفاوض حول السعر؟

تنازع مبدأ حرية التجارة مع مبدأ حرية التعاقد:

لقد ساد في البداية مبدأ حرية التعاقد، أي حتى وإن أدى إبرام العقد إلى تقييد المنافسة، على اعتبار أنه بمقدور العملاء - مثلا - إذا كان السعر عالياً عدم التعاقد[١]. بيد أن ذلك يتعارض مع السلعة محل التقييد لو كانت من الضروريات الأولية التي لا غنى للكافة عنها. بيد أنه من الصعب الميل نحو مبدأ حرية التعاقد على الإطلاق. لذا فقد استعان الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي بفكرة المعقولية Reasonableness بغية تعيين الحد الفاصل بين ما هو معقول وما هو غير معقول من تقييد للمنافسة عند التعويل على مبدأ حرية التعاقد[٢].

ويتطلب ذلك القول بوجود عقود يقبل فيها التقييد للمنافسة بناء على مبدأ

(١) Herbert Hovenkamp, "The Sherman Act and the Classical Theory of competion," republished in, "The political Economy of the Sherman Act, "edited by E. T.Sullivan," Oxford Univ. Press, 1991, P.51.

(٢) Tim Frazer, "Monopoly, competition and the law," 2nd., ed., Harvester wheatsheaf, London, 1992, PP.115.

Richard wish, "Competition Law," 3rd. ed. Butterworths, London, 1993, PP.48-50.

حرية التعاقد وفي المقابل ثمة عقود لا يقبل فيها التقييد للمنافسة، ومن ثم يحد من سلطان مبدأ حرية التعاقد.

بيد أن المنافسة التجارية تلعب دوراً فعالاً في حماية مبدأ حرية التعاقد بحسبانها تتخلص من معوقات تطبيق مبدأ حرية التعاقد. فإذا حدد مجموعة من التجار سعر السلعة، مثلا، فمن شأن ذلك تعطيل شطري مبدأ حرية التعاقد لدى العملاء. على اعتبار أنه ليس بمقدورهم والحال كذلك اختيار المتعاقد الآخر ولا التفاوض معه حول شروط العقد ومنها السعر.

ومن صوب آخر - يعمل المشرع بإصداره قانون للمنافسة على الحد من تطبيق مبدأ حرية التعاقد بالنسبة للتجار توخياً إلى حماية العملاء، بحسبان مبدأ حرية التعاقد - كغيره من الحريات يخضع للتقييد من أجل حماية المصلحة العامة.

وقد قال الأستاذ آديسن في بيان موقف القضاء من العقود المخالفة للنظام العام في النظام الأنجلو أمريكي بأنها باطلة ترتيباً على الضرر الذي ترتبه على العامة[1].

ويعتبر مبدأ حرية التجارة كما سلف القول - وما يقتضيه من بث للمنافسة - من المبادىء الدستورية العامة التي يتعين مراعاتها لأنها من النظام العام، وقد نص الدستور الكويتي في المادة ٤٩ على «أن مراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الكويت». بينما مبدأ حرية التعاقد من قبيل الأدوات التي تحمي المصالح الخاصة.

وبذا فإن الحقوق العامة تتقدم المصالح الخاصة، حتى وإن خول التجار فرضا، حق التكتل بغية تفادي المنافسة بينهم - بناء على مبدأ حرية التعاقد - فلا

(١) C. Addison, "A Treatise on the Law of Contract", 890 (5th.ed. 1862).

مشار إليه لدى:

Johne Lopatka, "The Care for Legal Enforecement of price Fixing Agreement," 38, Economy Law Journal, winter, 1989, P.3 note 7.

يجوز التعسف باستعمال هذا الحق لأن التجار بهذه المثابة قد انحرفوا به عن وظيفته الاجتماعية[١].

وعليه تتصدى المنافسة التجارية للتاجر عندما يتعسف في استخدام حقه المتمثل في حرية التجارة وذلك في حال استحواذه على مركز احتكاري في السوق بطريق مشروع وامتناعه مثلا عن التعامل مع بعض التجار (المقاطعة التجارية) بغير مسوغ مشروع أو تضمينه العقود المبرمة مع العملاء شروطا تعسفية.

تقييد المنافسة:

تعمل قوانين المنافسة - على العموم بموجب الأحكام التي تنظمها - والتي قد تختلف من دولة إلى أخرى تبعاً لسياسة المشرعين - إلى تنظيم وحماية السوق في حال اكتظاظه بالتجار وفي حال قلة التجار فيه. وقد قال القاضي (وايت): إن الغرض البين من إصدار قانون شيرمن هو حماية حرية التعاقد (عند اكتظاظ السوق بالتجار) وحرية التجارة (عند قلة التجار فيه)[٢].

ويقصد بالمنافسة التجارية العلاقة التي تنشأ بين مجموعة من التجار تقوم ببيع سلع أو خدمات متماثلة أو متشابهة على العملاء في منطقة جغرافية معينة[٣].

بيد أن المنافسة لا تنحصر في بيع التجار للسلع أو الخدمات للغير - بل تمتد كي تشمل شراء السلع أو الخدمات من المنتجين. وكذا تشمل حتى المنافسة المحتملة ممن يرغب من الغير الدخول إلى سوق سلعة أو خدمة معينة، سواء كان تاجراً أو شخصاً عاديا يود دخول هذه المهنة. ولا ينبغي الخوض في ظل مبدأ حرية التجارة بمدى ملاءمة إعمال المنافسة الحرة في السوق من عدمه على اعتبار

---

(١) نص المادة الثلاثين من القانون المدني الكويتي.

(٢) Trans-missouri (1897)

Herbent HovenKamp "The Sherman Act and the Classical Theory of Competition" 74 Iowa L.R. 1019 (1989).

(٣) D.G. Goyder, "EC Competition law," 2nd., ed., Clarendon press", Oxford 1992, P.8.

أن المنافسة الحرة مسألة ملازمة لكل أعمال التجار. إذ ما يمكن الخوض فيه هو مدى ضيق أو اتساع، شدة أو لين الأحكام الموضوعية المنظمة للمنافسة. وعليه لا يحق لمن وصم بمخالفة أحكام المنافسة الدفع بأن المنافسة غير مطلوبة بعمل من الأعمال التجارية بحسبان الاستثناء من أحكام المنافسة لا يصير إلا بتشريع[١].

والأعمال المقيدة للمنافسة أو التي تعمل على تفاديها إما أن تكون محددة حصراً في القوانين المنظمة أو أن المشرع يضع معياراً يسترشد به لتمييز العمل المشروع عن غيره من الأعمال غير المشروعة، أو أن يأخذ بكليهما.

وتقييد المنافسة أو تفاديها إما أن يكون أفقيا (Horizontal) أو عمودياً (Vertical)[٢].

ويتمثل تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي في:

- اتفاق تحديد الأسعار بين التجار المتنافسين.
- اتفاق التجار المتنافسين على تقسيم الأسواق.
- اتفاق التجار المتنافسين على تحديد كمية العرض.
- اتفاق التجار المتنافسين على مقاطعة تاجر معين.
- اتفاق التجار المتنافسين على تمكين أحدهم من الفوز بمناقصة أو ممارسة[٣].

ويفترض هذا النوع من الاتفاقات المقيدة للمنافسة وجود حالة منافسة بين تجار على مستوى واحد أو أفقي في السوق، مثلا بين تجار التجزئة أو صانعي سلعة معينة، واتفاق فيما بينهم يستهدف تقييد أو تفادي المنافسة - مثلما هو محدد

(١) National Society of Professional Engineers V.U.S. 435 U.S. 679 (1978).

(٢) Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis," 4th., ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988.

Valentine Korah, 'EC Competition Law and Practice," PP. 150-153.

(٣) Richard whish, "Competition Law," 3rd., ed.

في الأمثلة أعلاه. وهو ما يطلق عليها اتفاقات التكتل أو (الكارتل) Cartel «Agreement».

ويتمثل تقييد المنافسة أو تفاديها على الصعيد العمودي في:

- التمييز في سعر بيع أو شراء السلع أو الخدمات.
- تحديد سعر إعادة بيع السلعة من التجار إلى التجار الآخرين أو العملاء.
- عقود التوزيع المقيدة للمنافسة - مثلا - العقد الرابط وعقد القصر.(١)

ويفترض هذا النمط من التقييد إبرام اتفاق بين تجار يعملون على مستوى مختلف في السوق، أي على صعيد عمودي - مثلا - بين منتج وموزع أو بين الأخير وتاجر للجملة أو تاجر للتجزئة، بحيث يكون بينهم وحدة هدف تتمثل في توزيع السلع أو الخدمات إلى العملاء.

وعلى العموم فقد ينتج تقييد المنافسة من جراء عمل من جانب واحد يقوم به التاجر المحتكر أو صاحب المركز المسيطر في السوق - كالتمييز في سعر بيع السلع بين التجار وإخضاعهم إلى مراكز تنافسية مختلفة، أو ينبع بفعل اتفاق بين مجموعة من التجار المستقلين يتنازل كل واحد منهم عن جزء من هذا الاستقلال بغية تحقيق هدف معين، كاتفاق مجموعة من التجار على الانضمام إلى (الكارتل) وتحديد الأسعار أو قد ينبع من اتفاق يفقد التاجر بموجبه استقلاله - كالاتفاق على الاندماج أو سيطرة شركة على أخرى بغية تفادي المنافسة بينهما(٢).

وحرياً بالتنويه إنه لا يقتصر تقييد المنافسة الحرة على العمل الدائم أو الكامل - بل قد تقع المخالفة حتى لو قيد عمل من الأعمال التجارية بصفة

(١) Neale and Goyder, "The Antitrust Law of the U.S.A.," 3rd., ed., Cambridge University Press, 1982.

(٢) Karl Beier, Schricker and Fikentscher, "German Industrial Property, Copyright and Antitrust law's' 2nd., ed., VCH, munich, P.196-198.

مؤقتة[١]. ففي دعوى Berkey Photo V. Eastman Kodak تمثل تقييد المنافسة في إحجام شركة كوداك عن الإعلان عن ابتكارها الجديد - وهو عبارة عن كاميرا للجيب رقم ١٠، حتى تم تسويقها، مما خولها فرصة احتكار هذه السلعة مدة سنة كاملة، إلى أن تمكن منافسوها من تقليد السلعة أي انتاج ما يماثلها[٢]. وبذا كان التقييد جزئياً وبصفة مؤقتة.

وتتصف قوانين المنافسة بالصفة التجارية ذات الصبغة الجنائية - مثل قانون الضرائب أو الإفلاس، ذلك أنها تتضمن أحكاماً منظمة لعلاقات التجار فيما بينهم بشكل مباشر، وفيما بينهم وبين العملاء بشكل غير مباشر. وغالباً ما يرصد المشرع عقوبة جنائية لقاء مخالفة التجار أحكام المنافسة[٣].

إعاقة التجارة أو تقييد المنافسة:

تختلف التشريعات المقارنة في استعمالها للمصطلحات المعبرة عن الأفعال المخالفة لأحكام المنافسة المشروعة. فالمادة الأولى من قانون شيرمن الأمريكي تستعمل مصطلح إعاقة التجارة Restraints of Trade أي إعاقة لانسياب حرية العرض وحرية الطلب. ويتطلب ذلك تخليص السوق من معوقات انسياب التجارة، سواء كان مصدر الإعاقة الدولة أو الأفراد. أما المنهج المتبع في الدول الأوروبية - فهو مستلهم

(١) أحمد عبد الرحمن الملحم «الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية» مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.

(٢) 603 F. 22d. 263 (2d cir. 1979).

(٣) The U.S.A. Sherman Act-26 stat. 209 (1890) codified as amended, 15 U.S.C.A. SS. 1-2 (1987) art, 1-2.

- The German Act Against Restraints of Competition, of July 27, 1957- last amended on Oct. 27, 1987. Part 2 Arts. 38-39.

The French Ordinance No. 86/1243 on Freedom of Prices and on Competition of December 1, 1986. Arts. 7 - 8 of the Ordinance.

انظر كذلك نص المادة ٩٢ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة (روما ١٩٥٢) المادة ٨٥. إذ يعول على فكرة تقييد أو تفادي المنافسة، Prevention or Restriction of Competition.

ويظهر أنه ليس ثمة فارق يذكر بين المصطلحين بحسبان تمثيلهما لمفهوم واحد، إذ لا منافسة طالما لا وجود لحرية التجارة، وطالما وجدت حرية التجارة وتعدد التجار وجبت المنافسة بينهم. ولقد قيل بحق إن المنافسة هي قانون التجارة[١]. بيد أنه يفضل استعمال مصطلح تقييد أو تفادي المنافسة التي تتفرع عن مصطلح التجارة.

ولعل المشرع الأمريكي كان متأثراً بمبادىء الشريعة العامة (الكومن لو) عند استعماله مصطلح إعاقة التجارة في قانون شيرمن الصادر سنة ١٨٩٠[٢]. لكونه أول قانون صدر في الولايات المتحدة الأمريكية حول المنافسة التجارية. غير أن المشرع بعد ذلك في سنة ١٩١٤ استعمل في قانون كلايتون مصطلح العمل الذي ينقص من المنافسة Lessen Competition، بدلاً من تقييد أو إعاقة التجارة، بما يومىء إلى تفضيل مصطلح تقييد المنافسة. وقد حاول المشروع الكويتي بشأن المنافسة غير المشروعة والاحتكار الربط بين فكرة حرية التجارة وتقييد المنافسة. إذ نص على أنه «يحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة ويعتبر (العمل كذلك) إذا وقع بسوء نية بالمخالفة للعادات التجارية وكان من شأنه إعاقة التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة». وعلى العموم - فإن المبادىء التي تسعى جل القوانين إلى حمايتها تكاد تكون واحدة بغض النظر عن المصطلحات المستخدمة[٣].

وعليه فإنه ولئن اختلفت التسميات التي تطلق على القانون الذي يعنى بحرية

---

(١) سميحة القليوبى «قانون التجارة الكويتي»، ١٩٧٣، ص ٣٢١، هامش رقم ٢.

(٢) J.D. Heydon, "The Restraint of Trade Doctorine". Butterworths, London, 1971 Ch.3.

(٣) انظر على سبيل المثال القانون الكندي والفرنسي والألماني واليوناني والإيرلندي والإيطالي والنيوزلندي والأسباني والأمريكي والبريطاني.

Competition and Antitrust Law, "Corporate Finance, Published by Euromoney Publication", London, 1992.

التجارة أو المنافسة، إلا أن المضمون يكاد يكون مجمع عليه. ففي الولايات المتحدة الأمريكية يطلق عليه القانون المناهض للاحتكارات «Anti-trust Law» وفي ألمانيا وسويسرا والنمسا يسمى قانون التكتلات «Cartel Law»، بيد أنه يفضل تسميته بقانون المنافسة بحسبان المصطلح الأمريكي ينحصر في جزء من الأحكام التي درج على تضمينها القوانين التي تعنى بحماية حرية المنافسة، وهي الأحكام الخاصة بالاحتكارات، وبالمثل القانون الذي يستعمل التكتلات، إذ لا يشمل إلا الاتفاقات التي تبرم بين التجار الذين يعملون على مستوى واحد في السوق أي المتنافسين، بما حاصله أن العنوان ضيق ولا يشمل كل ما يسعى القانون إلى تنظيمه. لذا فإن اصطلاح قانون المنافسة يشمل التقييد الأفقي والعمودي والاحتكار غير المشروع وأفعال المحتكر التعسفية. وعلاوة على ذلك فقد تتعدد القوانين التي تعنى بحرية المنافسة، ومن ثم يفضل استعمال مصطلح يشملها مجتمعة وهو قانون المنافسة[١].

المبحث الثاني:
الأهداف الاستراتيجية للمنافسة التجارية:

لا غرو أن لكل دولة نظاما قانونياً تتفرع عنه تشريعات خاصة من أجل تحقيق مصالح معينة وحمايتها سواء كانت داخلية أو خارجية[٢].

وقد وضع قانون المنافسة في الدول بناء على مصالح آنية ورؤى مستقبلية قد

---

(١) ومثال على ذلك المنافسة في المملكة المتحدة منظمة بأربعة قوانين هي:

- Fair Trading Act 1973.
- Competition Act 1980.
- Restrictive Practice Act 1976.
- Resale Prices Act 1976.

ومن ثم فإن الاصطلاح الذي يشمل كل هذه القوانين هو قانون المنافسة التجارية.

(٢) Leigh Hancher, Regulating for Competition, Government, Law, and the pharmaceutical Industry in the United Kingdom and France," Clarendon Press. Oxford, 1990, P. 294.

تختلف من دولة إلى أخرى تبعاً لاختلاف الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها. ومن ثم فإن عبارة الأهداف الاستراتيجية للمنافسة لا تحمل مضمونا واحداً ويتعين التروي عند استعمالها بحسبان تميزها تبعاً للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي صاحبت إصدار القانون في كل دولة.

ولما كان قانون المنافسة يتضمن أحكاماً تجارية الغرض منها تنظيم معاملات التجار - فقد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى أن الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها تصطبغ بالصبغة الاقتصادية البحتة، غير أن قانون المنافسة له صلة وثقى حتى على صعيد النواحي الاجتماعية(١).

ومن جانب آخر، فإن قوانين المنافسة - لا توجه - عادة إلى الأفراد فحسب - بل إن أحد الأسباب الدافعة إلى إصدارها هو كبح تدخل الدولة وغل يدها عن النشاط الاقتصادي. على اعتبار أن تصحيح مسار السوق إذا كان معوجاً، يترك للسوق ذاته، فهو كفيل بإصلاح ما يعتريه من عيوب ذاتيا، وأن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي يزيد من الاعوجاج ويرتب آثاراً سيئة(٢).

إن الأهداف المرجوة من المنافسة تختلف ضيقاً واتساعا تبعاً لاختلاف السياسات المعمول بها في أية دولة، ومن الممكن أن تتبدل وتتغير السياسات

---

(١) Herbert Hovenkamp, "Economics and Federal Antitrust Law," West publishing co., st. paul, minn. 1985, P.41.

Schwartz, "Justic and other Non Economic Golds of antitrust," 127 U. Pa. L.R. 1076, (1979).

(٢) Herbert Hovenkamp, "The Sherman Act and the Classical Theory of Competition," Published in, "The political Economy of the Sherman Act," edited by Thomas Sullivan, Oxford University Press, P.139.

وتركن مدرسة شيكاغو الخاصة بالتحليل الاقتصادي للمنافسة إلى عدم تدخل الدولة إلى النشاط الاقتصادي.

انظر:

Tim Frazer, "Competition Policy after 1992, The next step." 53 M.L.R. 617, sep. 1990.

والمصالح التي يرمي المشرع إلى حمايتها تبعاً لتغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية نتيجة لمرور الزمان[١]. هذا من حيث الأهداف - غير أن مصطلح المنافسة من جانب آخر قد يعن بشأنه الخلاف، سواء بين القانونيين والاقتصاديين[٢]، أو بين حقبة تاريخية وأخرى[٣]، مما يتعين معه تحديد المقصود بمصطلح المنافسة في نظر المشرع وبيان الأهداف والسياسات التي يسعى إلى إعمالها من إصدار القانون.

ونتناول فيما يلي الأهداف الإستراتيجية العامة للمنافسة التجارية ثم نتبعها بتلك التي أرساها المشرعون في كل من الولايات المتحدة الأمريكية والسوق الأوروبية ثم ننتهي إلى التشريع الكويتي.

المطلب الأول:
الأهداف الإستراتيجية العامة للمنافسة التجارية:

تنبع أهمية المنافسة، بشكل عام، من أنها لا تهتم أو توجه إلى طائفة معينة من التجار أو عمل معين من الأعمال التجارية - كما هو الحال - مثلاً في الأحكام الخاصة بالأوراق التجارية أو براءات الاختراع، بل هي أحكام موضوعية عامة تسرى على البيئة التجارية خصوصاً، ومن ثم يتعين إلا تنصب أهدافها العامة على

(١) أحمد عبد الرحمن الملحم «الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة القاهرة ١٩٩٢.

Robin Carey "The Sherman Act, what did Congress Intend?" The Antitrust Bulletin, Summer, 1989, PP.337 JJ 358.

(٢) أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية، المرجع السابق.

(٣) لم يعد مفهوم المنافسة ينحصر في «النضال من أجل البقاء» بل امتد ليشمل فكرة المقدرة الذاتية للأفراد على توجيه مصادر الإنتاج والحد من مقدرة الدولة في التدخل في النشاط الاقتصادي منحازة إلى فرد أو متكالبة على آخر. انظر:

Herbert Hovenkamp, "The Sherman Act and the Classical Theory of competition," P.138.

البيئة التجارية فحسب، ولا تنحصر من جانب آخر في العلاقات التجارية البحتة بل يجب تطعيمها بمبادىء العدالة والرؤى الاجتماعية. وليس بخاف أن الأحكام الموضوعية التي تتضمنها تشريعات المنافسة ما هي إلا انعكاس للأهداف الاستراتيجية. وتتمثل الأهداف الإستراتيجية في **أولاً**: تحقيق نتائج اقتصادية معينة. **ثانيا**: بث المنافسة وتنميتها. **ثالثاً**: تحقيق العدالة وإرساء السلوك التجاري القويم. **رابعاً**: الحد من القوى الاقتصادية في السوق.

أولاً: تحقيق التنمية الاقتصادية من أجل رفاهية العملاء:

ويتمحور هذا الهدف في الاستعمال الفاعل للمصادر الاقتصادية، بما حاصله إنتاج أقصى كمية ممكنة من المصادر المتاحة - بأقل جهد ممكن، حتى تزيد كمية العرض وتتوازن مع كمية الطلب وتصير الأسعار معقولة والبضائع في متناول الجميع. وكذا، التخلص من العمل التجاري غير المطلوب أو الذي لا يحتاج المجتمع إليه، لأنها تجعل قانون العرض والطلب يمارس دوره في إقامة توازن بين الإنتاج والاستهلاك. والعمل على تطوير المنتجات والخدمات باستعمال وسائل إنتاج رخيصة بما يعود بخفض أسعارها المقدمة للجمهور. وتوازن كمية الإنتاج مع العمالة وزيادة ذلك بشكل مطرد وهادىء من أجل تجنب التقلبات غير المتوازنة للاقتصاد. والمحصلة النهائية من ذلك هي التوزيع العادل للإيرادات[1]. وهذا يعني

(١) Scherer, "Industrial Market Structure and Economic performance," ch. 1-2, 2nd., ed. 1979.

ومن أبرز مشيعي هذا الهدف والمدافعين عنه القاضي -(Bork)

انظر:

Bork, Legislative Intent and the Policy of the Shermen Act," 9 J.L. & Econ. 7 (1966).

Blair and Fesmive, "Maximum Price fixing and the Goals of the Antitrust," 37-5 yracuse law rev. 1986, PP.43-77, at 47-51.

- انظر تقرير مجلس المنافسة الفرنسي لسنة ١٩٨٨. إذ تضمن شرح الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها وهي الاستعمال الفعال للمصادر وتحقيق رفاهية العملاء.

Richard whish, "Competition law", 3rd., ed., Butterworths, 1993, PP. 1-160.

Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis," 4th., ed., Little, Brown and Company, Boston, P.19,20,24.

فعالية استعمال المصادر الاقتصادية المتاحة وتنميتها بما يعود بالنفع والفائدة على الكافة.

ثانياً: بث المنافسة وتنميتها:

إزجاء روح المنافسة في السوق هدف تسعى كل التشريعات إلى إرسائه وإعماله حتى لو لم ينص عليه صراحة في التشريع، على اعتبار أنه مجرد إصدار قانون للمنافسة متضمنا القواعد العامة، يومىء بحد ذاته إلى سياسة المشرع الرامية إلى بث المنافسة بين التجار. وبذلك فإن بث المنافسة وتنميتها هو هدف بحد ذاته وليس وسيلة تستخدم للوصول إلى أهداف أخرى. بيد أن هذا الهدف قد يضيق ويتسع تبعاً لسياسة الدولة. إذ قد يتسع إذا غلت يد الدولة عن التدخل في النشاط التجاري وتركته لحرية العرض والطلب، وكذا، إذا كانت الأحكام الموضوعية للمنافسة تنحو نحو الحد من التركيز في السوق (Concentration)[1]، وعند التخلص - أيضاً - من عوائق دخول منافسين إلى السوق، على اعتبار أن تركيز النشاط التجاري بيد قلة من التجار يقلص المنافسة ويوصل إلى الاحتكار. وترتيبا على ذلك فإن بث المنافسة في السوق من شأنه أن يجعل ذلك السوق مفتوحا،

(١) Carl Kaysen and Donald F. Turnor, "Antitrust policy: An Economic and Legal Analysis," Published in the political Economy of the Sherman Act," edited by Thomas Sullivan, Oxford Univ. Press, 1991, P.185.

وقد نص الهدف الثاني من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٨٠/١٢/٥ بشأن المبادىء والأحكام العامة للأفعال المقيدة للتجارة بأن المبادىء التي تضمنها هذا القرار تستهدف بث وتنمية المنافسة وتشجيع الاختراعات والسيطرة على تركز القوى في السوق. ونص الهدف الثالث على حماية الرفاهية الاجتماعية ومصلحة العملاء. ويعتبر هذا القرار بمثابة القانون المرشد للدول التي تسعى إلى إصدار قانون للمنافسة التجارية. انظر:

Set of Multilalerally Agreed Equitable Principles of Rules for the Control of Restrictive Business Practices, G.A. Res 35/63, U.N. Doc. A/Res/35/63 (1980).

Elizabeth Athos, "Recent Developments - Antitrust Law - United Nation Guidelires, Restrictive Business Practice," 22, Harvard International law journal, 1981, PP. 405-411.

وطليقا من الأفعال التعسفية التي قد يمارسها المحتكر أو الدولة. إذ قال الأستاذان كيف وترنر بأن المنافسة بمثابة دستور التعامل العادل بين التجار[١].

ثالثاً: تحقيق العدالة وإرساء السلوك التجاري القويم:

من الأهداف الجوهرية التي تعمل المنافسة الحرة على تحقيقها هي العدالة، من حيث المساواة وتكافؤ الفرص وحرية الاختيار بين التجار. فلكل شخص حق الدخول إلى السوق والانتقال من عمل تجاري إلى آخر لأن الأصل هو حرية التجارة، وعليه ليس بجائز تكوين عوائق بغية منع الآخرين من الدخول إلى السوق. وتعتبر المنافسة بذلك أداة لتكافؤ الفرص، ذلك أن الأفضل جدير بالبقاء. وبالتالي يترك للعميل حرية اختيار من يتعاقد معه بالنظر إلى جودة السلعة وانخفاض ثمنها.

ومن جانب آخر تقوم المنافسة بدور فاعل في التخلص من السلوك التجاري غير المشروع، أي الذي يتنافى مع العدالة والإنصاف والعادات والأصول التجارية المرعية في المعاملات التجارية[٢] إذ يحظر التمييز في أسعار بيع المنتجات بين التجار والذي من شأنه الإخلال بتكافؤ الفرص والمساواة، لأنه يجعل تاجراً في مركز أفضل من الآخر عند تعامله مع العملاء، بما حاصله إقصاء ذلك التاجر من السوق أو مقاطعة التاجر بغير مسوغ مشروع أو البيع بأقل من سعر التكلفة أو فرض شروط عقدية مجحفة بناء على عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية[٣].

رابعاً: الحد من القوى الاقتصادية Limiting Market Power

يرتجى المشرعون من إصدار قانون للمنافسة، الحد من ظهور تجار تتركز

---

(١) المرجع السابق. ص : ١٨٤.

(٢) Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis, P.20.

D.G. Goyder, "EC Competition Law," 2nd., ed., Clarendon press, Oxford, 1991, P.13.

(٣) Richard wish, "Competition law," P.14.

- أحمد عبد الرحمن الملحم «نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها». مجلة الحقوق - السنة ١٦ - العدد ١ - ٢ مارس - يونيو ١٩٩٢. ص ٢٧٨ - ٢٩٧.

بيدهم القوى الاقتصادية وتكون لهم السيطرة على السوق[١]. ومن ثم يسعى المشرع إلى تشتيت أو توزيع هذه القوى منحازاً تارة إلى المشروعات الصغيرة والمتوسطة داعماً إياها وراصداً تحركات صاحب القوى المسيطرة ونشاطه تارة أخرى[٢]، حتى لا يتعسف في استخدامها إضراراً بالتجار الآخرين. ويظهر ذلك جلياً من سياسة المشرع التي ينتهجها بشأن الاندماج، إذ يحظر الاندماج أو سيطرة شركة على أخرى إذا كان من شأنها تقييد المنافسة أو تفاديها.

وعلى العموم فإن قوانين المنافسة المقارنة مجتمعة إلى حد بعيد على تحقيق هذه الأهداف الإستراتيجية، مع الأخذ في الاعتبار الانحياز إلى هدف معين بدرجة مختلفة عن الآخر، تبعاً لخصوصية اقتصاد كل دولة وطبيعة مجتمعها، بمعنى اختلاف أولويات هذه الأهداف من دولة إلى أخرى.

المطلب الثاني:
الأهداف الخاصة للمنافسة في كل من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي والكويت:

أولا: في الولايات المتحدة الأمريكية:

لم ينص المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية صراحة على الأهداف الإستراتيجية التي يتعين إعمالها من إصدار قوانين المنافسة المتعاقبة.

بيد أنه يمكن استشفاف سياسة المشرع من مطالعة نص المادة الأولى والثانية من قانون شيرمن لسنة ١٨٩٠. فالمادة الأولى تحظر إبرام العقود أو التكتل أو

(١) Letwin, 1890, 23 U. Chicago Law Rev. 221 (1929).

(٢) انظر قانون المنافسة الكندي لسنة ١٨٨٩ المادة ١/١٠ إذ نص المشرع صراحة على حماية المشروعات المتوسطة والصغيرة وتوفير فرص المنافسة المعقولة لها.
Competition and Antitrust law, "Corporate Finance, 1992, P.4.

التواطؤ من أجل إعاقة التجارة، وتحظر المادة الثانية الاحتكار أو محاولة احتكار أي عمل من الأعمال التجارية[١].

وعليه يصير بينا أن القانون الأمريكي يسعى إلى الحد من القوى الاقتصادية في السوق وبث المنافسة وتنميتها عن طريق منع إعاقة التجارة. وقد بدا ذلك جلياً من حديث السيناتور شيرمن أثناء التعقيب على المشروع الذي تقدم به إلى الكونغرس الأمريكي، بقوله «إن هذا المشروع يعمل على التخلص من التجمعات التي تنازع حق الفرد في ممارسة العمل التجاري. . ذلك أن الهدف الوحيد للاحتكار هو جعل المنافسة مستحيلة»[٢]. غير أن القاضي (بورك) Bork ذهب إلى أن قصد الكونغرس الأمريكي من إصدار قانون شيرمن كان تحقيق رفاهية العملاء «Consumer Welfare»[٣] ولا نرى تنازعاً بين النتيجتين، كل ما هنالك أن الهدف المباشر لقانون شيرمن هو كما أبداه السيناتور شيرمن، وأن الهدف غير المباشر أو المحصلة النهائية

---

(١) The Sherman Act, 26 statute 209, (1890), as amended, 15 U.S.C. Ass. 1-2 (1980).

(٢) 21 Cong. Rec. 2457 (1890) (Statement of Sen. Sherman).

انظر كذلك

Rudolph J. Peritz, "The Rule of Reason" in Anti-trust law: Property Logic in Restraint of Competition," Republished in the Political Economy of the Sherman Act," edited by Thomas Sulluvan, Oxford Univ. Press, 1991, P.118.

(٣) Bork, "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act," 9 Journal of Law and Econ. 7 (1966).

Robin Carley, "The Sherman Act what did Congress Intend?" The Antitrust Bulletin/ Summer 1989, PP. 337-358.

ومن الحرى الإشارة بأنه يعتبر القاضي (بورك) أحد أبرز مفكري مدرسة شيكاغو الخاصة بتحليل قواعد المنافسة والتي تعتمد على النظريات الاقتصادية خلافا لمدرسة هارفرد التي تعتمد على الوقائع أو التطبيقات، مما كان له بالغ الأثر في الوصول إلى نتائج مختلفة بين المدرستين. غير أن هذا الاختلاف بدأ في الاضمحلال في وقتنا الراهن نتيجة إلى نضج الفكر الاقتصادي والنظر إليه من منظار اجتماعي. انظر:

Richard A. Posner, "The Chicago School of Antitrust Analysis," 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979).

من تطبيق المادة الأولى والثانية من قانون شيرمن هو الوصول إلى رفاهية العملاء والمجتمع ككل.

بيد أنه وبعد أن طبق القانون فترة زمنية، بدا للقضاء أهمية التركيز على دعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة كهدف متفرع عن الهدف الأصلي المتمثل في الحد من القوى الاقتصادية، أي الحد من تلك القوى بطريق غير مباشر من خلال دعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة.

ثانيا: في أوروبا

نص واضعو اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة صراحة على الأهداف الاستراتيجية للمنافسة وذلك في ديباجة الاتفاقية وفي نص المادتين ٢٠ و ٣٠ منها، وذلك خلاف للوضع في الولايات المتحدة الأمريكية. وتتحصل الأهداف في الآتي:

١ - جعل السوق الأوروبية مفتوحة ومتحدة «Open and Unified»[١] وينبني على ذلك حظر تكوين عوائق لدخول منافسين إلى السوق، وحرية انتقال رؤوس الأموال والبضائع والخدمات والأشخاص بين دول السوق، بما حاصله حرية التجارة.

٢ - بث القدر اللازم من المنافسة بغية تحقيق أهداف الاتفاقية[٢]، على اعتبار أن المنافسة المستعرة لا تخدم التجارة وتؤدي إلى سيل من الإفلاسات.

---

(١) Hornsby, "Competition Policy in the 80, "More policy Less Competition? 12 E.L. Rev. 79 (1987).

Enlermann, "The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market" 29 CML Rev. 257 (1992).

(٢) Ninth Report on Competition Policy (Brussels' Commission of the European Communities, 1980) P.10.

مشار إليه لدى

Tim Frazer, "Competition Policy after 1992, The next step," P.612.

انظر نص المادة الثانية من اتفاقية EEC

٣ - تحقيق العدالة بين التجار داخل السوق الأوروبية، وخاصة سياسة الدعم الحكومي للمشروعات وما تتطلبه من إعانة المشروعات الصغيرة[١].

ومن الحري التنويه بأن القوانين الوطنية للدول الأوروبية المنظمة لاتفاقية السوق صدرت بأحكام موضوعية متفقة مع الاتفاقية لأنه في حال التعارض تقدم أحكام الاتفاقية[٢]. ومن جانب آخر لم تركز الاتفاقية على هدف الحد من القوى الاقتصادية حتى يمكن منافسة الشركات الأمريكية العملاقة أو عابرة القارات.

ثالثاً: رأينا بالموضوع وبيان موقف الدستور الكويتي

ظهر مما سبق أنه قد تتضمن قوانين المنافسة نصوصاً ترسم الأهداف الاستراتيجية، مثلما هو حاصل في الاتفاقية الأوروبية، وقد يعرض المشرع عن ذلك، وتصير الأحكام الموضوعية التي يحتويها التشريع بمثابة المرآة العاكسة للأهداف الاستراتيجية. بيد أنه يفضل المنهج الأول، وذلك حتى لا يثور بشأنها الخلاف في الفقه والقضاء، ولأنها قد تتغير من وقت إلى آخر نظراً لتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية. ومن الحري التنويه بأنه لا تضم الأهداف الاستراتيجية طبيعة واحدة، وإلا كان هناك خلل ونقص في هذه الأهداف. إذ توجد الأهداف الاقتصادية وتوجد الأهداف غير الاقتصادية سواء الاجتماعية أو الإنصافية. وبذا لايمكن الاستغناء عن هدف بهدف آخر. وعلى العموم ثمة خلاف دائر في الفقة حول الأهداف الاستراتيجية الأولية للمنافسة والتي تتقدم وتعلو على غيرها.

---

(١) Tim Frazer, "Competition Policy after 1992, The next step." P.612. Peter Sutherland," Toward a Positive Competition policy" 6 Eclr 283 (1985).

(٢) A.G. Goyder, "EC Competition Law," 2nd., ed., Clarendon Press, Oxford, 1992, PP. 426-436.

Wyatt and Dashwood, "The Substantive Law of the EEC' Sweet & Maxwell, London, 1980, PP. 53-55.

Costa V. ENEL, case 6164 (1964) G.C.R. 585.

انظر المادة الخامسة من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة EEC

فمنهم قائل بأن الهدف الأول للمنافسة هو هدف اقتصادي بحت يتمثل في التوزيع الفعال للمصادر والانتاج الفاعل للمنتجات «Productive and allocative efficiency»، ومنهم قائل بأن الهدف الأول هو رفاهية العملاء (Consumer Welfare)[1].

وبذا يدفع هذا الخلاف المشرعين إلى تضمين قانون المنافسة أولا: الأهداف الي يقوم عليها. وثانيا: أولوية هذه الأهداف عند تعارضها، لأنه قد يتعارض هدف اقتصادي مع هدف اقتصادي آخر، وقد يتعارض هدف اقتصادي وآخر اجتماعي أو انصافي - مما يدفع بالمشرع إلى ترتيب أولويات الأهداف. فعلى سبيل المثال يتعين بيان الأولى بالحماية عند:

١ ـ تعارض هدف الحصول على بضائع بسعر منخفض مع هدف حماية المشروعات الصغيرة من المشروعات العملاقة، أو هدف تحقيق العدالة والإنصاف في السوق.

٢ ـ وقد يتعارض هدف حماية المشروعات الصغيرة مع هدف تشجيع الاختراع[2].

٣ ـ وقد يتعارض هدف حرية التجارة والإبقاء على العديد من التجار مع هدف وصول البضائع بسعر منخفض إلى الجمهور. فعلى سبيل المثال التاجر الذي يتكامل عمودياً أي يقوم بصناعة البضاعة وإيصالها إلى الجمهور دون وسطاء يؤدي إلى خفض سعر البضاعة لكنه يؤدي في الوقت نفسه إلى إقصاء تجار الجملة والتجزئة الذين لا يستطيعون منافسته.

---

(١) Herbert Hovenkamp, "Economics and Federal Antitrust Law," P.41.

(٢) انظر دعوى Berkey Photo Inc. V. Eastman kodak 603 F. 2nd 263 (2d Cir. 1979). عندما انحازت محكمة أول درجة لهدف حماية المشروعات الصغيرة من المشروعات العملاقة. وفي المقابل انحازت محكمة الاستئناف لمبدأ العدالة والإنصاف المتمثل في تشجيع الاختراعات والابتكارات والتعويض عن المال الذي انفق في إجراء البحوث وتطوير المنتجات، حتى وإن أدى ذلك إلى ارتفاع ثمن البضاعة.

الأهداف في الدستور الكويتي

تقدم أن المشرع الكويتي أرسى مبدأ حرية التجارة بموجب القواعد والأحكام التي تضمنها الدستور الكويتي (المواد من ١٦ - ٢٠)، ولما كان مبدأ حرية المنافسة جزءاً لايتجزأ من مبدأ حرية التجارة، إذ أن التجارة تعني المنافسة فيكون صائبا القول بأن مبدأ المنافسة الحرة من المبادىء الدستورية في الكويت.

وقد نص المشرع في المادة ٢٠ من الدستور الكويتي على «أن الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعية، وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص، وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين وذلك كله في حدود القانون».

ويمكن أن نستنبط من هذا النص الأحكام الآتية:

أولا: يرسى هذا النص قاعدة قوامها حظر تقييد التجارة أو المنافسة لأنه من الأهداف أو الأدوات التي تتطلبها زيادة الإنتاج، إذ أن تقييد الإنتاج يعني تقييد حرية التجارة أو المنافسة وذلك من خلال الحد من كمية العرض. وقد قيل في فهم نص المادة الأولى من قانون شيرمن والتي تحظر تقييد التجارة بأن المقصود منها هو حظر تقييد الإنتاج «Restraint of Production»[1].

ثانياً: لا يستهدف المشرع من هذا النص بث وتنمية المنافسة على الإطلاق التي ربما تقود إلى التنافس المستعر - بل قيدها المشرع بالعدالة الاجتماعية بقوله: «فإن قوام الاقتصاد التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص» بغية تحقيق العدالة الاجتماعية. وبهذا يقترب المنهج الكويتي من الأوروبي.

ثالثاً: جمع المشرع بين أهداف المنافسة الاقتصادية والاجتماعية والإنصافية بقوله «فإن قوام الاقتصاد الوطني التعاون بين النشاط العام والنشاط الخاص» بغية

(١) Bork, "Legislative Intent and the Policy of the Shermen Act, '9 Journal of Law of Economics. 7 at 16 (1966).

تحقيق العدالة الاجتماعية، ثم أخذ المشرع بهدفين اقتصاديين وهما التنمية الاقتصادية (Economic Efficiency) وزيادة الإنتاج (Increase of Output) وبهدفين اجتماعيين وهما رفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين. (Consumer Welfare). وبذا يكون المشرع قد تفادى الخلاف الدائر في فقه قانون المنافسة حول الهدف الذي يحظى بالأولوية، هل هو هدف رفاهية المواطنين (هدف اجتماعي) أو هدف التوزيع الفاعل للمصادر «Allocative Efficiency»[1].

رابعاً: يوميء النص إلى نبذ المشرع للقوى الاقتصادية أو الاحتكارات لأنه يدعو إلى تعاون النشاط العام مع الخاص، ويقيم الاقتصاد الوطني على العدالة الاجتماعية ولاسيما أن المادة (١٥٣) من الدستور تقضي بأن كل احتكار لا يمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود، بعد أن تكفل إجراءات تخويل الاحتكار القانوني، احترام مبدأي العلانية والمنافسة، (المادة ١٥٢ من الدستور).

خامساً: لم يسع المشرع إلى ترتيب أولويات الأهداف سواء الاقتصادية أو الاجتماعية. وحسنا فعل لأن ذلك هو دأب الأحكام والقواعد الدستورية، لا تأبه إلا للكليات وتترك حكم التفصيلات للمشرع العادي.

وقد تناولت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الخاص بالمنافسة غير المشروعة والاحتكار بعضاً من الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من إصدار القانون. إذ يستهدف المشرع تنمية المنافسة الحرة التي تكفل زيادة عدد التجار الأكفاء وإقصاء التجار غير الأكفاء وصولاً إلى زيادة الإنتاج وتحسينه. يعالج المشرع الاحتكار من جانبين، الأول: التصدي للاحتكار إذا تم التوصل إليه بفعل المنافسة غير المشروعة. وثانيا: لا يحظر المشرع الاحتكار إذا تم التوصل إليه بطريق مشروع، أي سلوك المنافسة الشريفة، لكن المشرع يرصد تصرفات المحتكر حتى لا يسيء استخدام مركزه الاحتكاري بغية حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة والعملاء (الطرف الضعيف).

(١) Herbert Hovenkamp, "Economics and Federal Antitrust Law," P.41.

الفصل الثاني
التقييد الأفقي للمنافسة
Cartel

لا يكاد يخلو أي قانون للمنافسة من حظر التقييد الأفقي للمنافسة لأنه من الموضوعات التي تضر السوق على العموم والعملاء على الخصوص. ولما تمثله من تجمع وتواطؤ بين التجار المتنافسين بغية إعاقة قانون العرض والطلب من أن يلعب دوره في توازن الإنتاج والاستهلاك[1]. وبذا تتوجه اهتمامات تشريعات التجارة شطر حماية المنافسة وبثها بين التجار المتنافسين ومنعهم من التكتل أو التواطؤ حتى لا يحظى هؤلاء التجار بمنافع الاحتكار. ونتناول فيما يلي:

أولا: تعريف التقييد الأفقي للمنافسة وتحديد حالاته وبيان غرضه ومقارنته بالمحتكر الفرد (Monopoly) واحتكار القلة (Oligopoly).

ثانياً: تقييم اتفاقات تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي من حيث احتمالات النجاح أو الإخفاق.

ثالثا: ملامح عامة للسوق الكويتية.

---

(١) "Competition and Antitrust Law", Corporate Finance, Jan. 1992.
ويتناول هذا الإصدار قوانين المنافسة في كل من كندا والمجموعة الأوروبية وفرنسا وألمانيا واليونان وإيرلندا وإيطاليا ونيوزيلندا وأسبانيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية

المبحث الأول:

تعريف التقييد الأفقي للمنافسة وتحديد صوره وبيان غرضه ومقارنته بالمحتكر الفرد واحتكار القلة:

Horizontal Restraints of Competition : (Cartel)

يقصد بالتقييد الأفقي للمنافسة «الاتفاق المبرم بين المتنافسين حول الطريقة المتبعة للتنافس فيما بينهم».[١] ويعتمد هذا التعريف على جملة من العناصر تنحصر في ضرورة توافر اتفاق **أولا**، وأن يبرم بين متنافسين **ثانيا**، وأن يكون غرضه تنظيم المنافسة بينهم **ثالثاً**. بيد أن هذا التعريف قد أهمل تحديد صفة المتنافسين بحسبان المنافسة التي نحن بصددها التي تنشب بين التجار أو على أقل تقدير من يقدم خدمة إلى الغير بمقابل.

لذا كان من الأهمية بمكان إيراد وصف المتنافسين. ومن جانب آخر قد يكون غرض الاتفاق المبرم بين التجار المتنافسين هو تفادي المنافسة بينهم وليس تنظيمها فحسب. وقد عرف الأستاذ ريد (Reed) التقييد الأفقي للمنافسة بأنه «الاتفاق الذي يقيد حرية التجار في التنافس وفقاً لتقديرهم الخاص»[٢]. ويعمل هذا التعريف على إيراد صفة الحاصل بينهم الاتفاق، لكنه يركن الى التجار القائم بينهم التنافس في الوقت الحاضر ويلتفت عن التجار الذين بصدد الانتقال من عمل تجاري إلى آخر

---

(١) تعريف القاضي ستيفنس "Stevens" في دعوى

NCAA V. United States, 288 U.S. 344, 359-60 (1933).

وهو التعريف الذي أخذ به الأستاذ سوليفان، انظر

Lawrence A. Sullivan, "The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints," 75, California Law Review, 835 (1987).

(٢) Richard A. Reed, "The Demise of the per se Rule in Indirect price Fixing Cases: Catalano, Incv. Target Sales, Inc," 44, Albany Law Review, P. 873.

انظر أيضا:

Kiefr-Stewart Co. V. Joseph E. Seagram & sons Inc. 340 U.S. 211 (1951).

Playmouth Dealers Ass,n V. United States, 279 F. 2d 128, 132 (9th cir. 1960).

أو الشخص الراغب في دخول العمل التجاري، ذلك أنه قد يعمل الاتفاق المبرم بين التجار على تفادي منافسة محتملة على التجار الحاليين من الغير[١]. ولم يتطرق التعريفان إلى ضرورة استقلال التجار المبرم بينهم الاتفاق عن بعضهم البعض، ذلك أن الاتفاق الذي يبرم بين شركة أم وشركة تابعة لها لتنظيم المنافسة بينهما لا يشكل مخالفة لأحكام قانون المنافسة لأنه في الأصل ثمة وحدة اقتصادية بين الشركتين. ففي دعوى Copperweld Corp. V. Independence Tube Corp.[٢].

قضت المحكمة بأن «العمل الاتفاقي الحاصل بين الشركة والشركة التابعة لها بالكامل لا يشكل مخالفة لأحكام قانون شيرمن حتى لو تضررت شركات أخرى من هذا الاتفاق وقيدت المنافسة في السوق».

وبذا يمكن تعريف التقييد الأفقي للمنافسة بأنه اتفاق بين مجموعة من التجار المستقلين، (أي اثنان أو أكثر ليس ثمة رابطة تبعية بينهم) متنافسة (أي تقوم بعمل تجاري متماثل أو متشابه ويعملون على مستوى واحد في السوق أي تجار تجزئة أو تجار جملة أو منتجون) على تنظيم أو تفادي المنافسة القائمة بينهم، أو المحتملة سواء بينهم أو من الغير[٣].

---

(١) D.G. Goyder, "EC Competition Law," P.152.

(٢) 467 U.S. at 777. 104 S.Ct. 2731 (1984).

(٣) ويعرف القانون الياباني الصادر سنة ١٩٤٧ الخاص بالتصدي للاحتكار في المواد ٢-٦ التقييد غير المعقول للتجارة سواء الأفقي أو العمودي بأنه «سلوك اتفاقي بين الملتزمين (تجار أو غيرهم) من أجل تقييد أو تفادي المنافسة في عمل من الأعمال التجارية، الذي يؤدي الى تقييد جوهري للمنافسة خلافا للمصلحة العامة».

Art s. 2-6 of the Japanes Anti-Monopoly Law- of 1947 amended in 1953 and 1977.

"Japanese Banking, Securities and Anti-Monopoly Law".

Edited by Hiroshi oda and R. Geolfrey Grice, Butterworths, London, 1988, P. 119.

ويحظر قانون تقييد المنافسة الألماني الصادر سنة ١٩٥٧ وتعديلاته كل اتفاق بين التجار من شأنه التأثير على الإنتاج أو ظروف السوق في الاتجار بالبضائع أو الخدمات التجارية بواسطة تقييد المنافسة.

Section 1 of the German Restraint of Competition Act (Gwb). Raybould and Firth, "Law of Monopolies, Competition Law and Practice in the U.S.A. EEC, Germany and the UK," Graham and Trotman, London, P.383-384.

ويتحصل التقييد الأفقي للمنافسة في الاتفاقات التالية التي تبرم بين التجار:

أ ـ الاتفاق على تحديد سعر بيع أو شراء البضائع أو الخدمات.

ب ـ الاتفاق على تقسيم السوق أو الأسواق.

جـ ـ الاتفاق على تحديد كمية الإنتاج أو الاستيراد.

د ـ الاتفاق على التقدم بعطاء لممارسة أو مناقصة.

هـ ـ الاتفاق على توحيد الشروط العقدية.

و ـ الاتفاق على تبادل المعلومات والبيانات.

ونرى أن التجار يهدفون - على العموم - من إبرام هذه الاتفاقات اعتراض قانون العرض والطلب من أن يلعب دوره في إيجاد توازن بين الإنتاج والاستهلاك، ويعد هذا من السمات الرئيسية للاقتصاد الحر أو اقتصاد السوق، وذلك من أجل التقليل من كمية المعروض من السلع في السوق والحصول من ثم على سعر عالٍ لتلك المنتجات، بما حاصله قلة العرض وزيادة في الطلب، ومن مؤدى ذلك تفويت الفرصة على العملاء للحصول على بضائع أو خدمات بسعر معقول ويضمن للتاجر البقاء في السوق ويدفع العملاء لشراء البضائع بسعر احتكاري مبالغ فيه. وهذا يتناقض مع المصلحة التي يرمي المشرعون إلى تحصيلها من المنافسة المتمثلة في تحقيق رفاهية العملاء[1]. وعلى هذا فإن المحصلة النهائية من التقييد الأفقي للمنافسة هي بيع المنتجات بسعر مرتفع ما كان بمقدور التجار تحقيقه لولا الاتفاق الذي إبرم بينهم. وبذا فإن الاتفاق على تحديد سعر المنتجات هو طريق مباشر

---

(١) قرب

Richand wish, "Competition Law," P.390.

Herbert Hovenkamp, "Economics and Federal Anti-trust law, P.83.

Areeda and Kaplaw, "Antitrust Analysis", P.187.

D.G. Goyder, "EC Competition law," P.152.

للوصول إلى ذلك الغرض، بينما الاتفاقات الأخرى المبينة أعلاه بمثابة وسائل غير مباشرة للوصول إلى غرض جني أرباح احتكارية من جراء رفع الأسعار.

وثمة جملة من الفوارق بين التقييد الأفقي للمنافسة (Cartel) وبين المحتكر (Monopoly) في أن الأول يتطلب إبرام اتفاق بين متنافسين تكون مصالحهم متنازعة بغية إيجاد هدف مشترك بينهم، بينما ليس للمحتكر حاجة لمثل هذا الاتفاق، لأن الهدف المشترك الذي يسعى إليه الكارتل متحصل لدى المحتكر. وغنى عن البيان القول بأن الكارتل يتطلب اتفاق مجموعة من التجار بينما المحتكر شخص واحد[١]. وتترتب على ذلك نتيجتان.

الأولى: صعوبة تكوين الاحتكار لأنه يستلزم استحواذ المحتكر على كامل الحصة السوقية للبضاعة أو جزء كبير منها متخلصا من منافسيه، وسهولة تكوين الكارتل، مقارنة بالاحتكار ، لأنه يتطلب اتفاقا بين متنافسين.

الثانية: يسهل انهيار أو إخفاق الكارتل لأن المصالح متنازعة أساسا بين التجار المتنافسين، ويصعب التصدي في المقابل للاحتكار لأن للمحتكر مصلحة واحدة.

ويتميز الكارتل أو بتعبير آخر تقييد المنافسة الأفقي عن احتكار القلة أو (Oligopoly) في أنه يتكون من العديد من التجار، دون اتفاق صريح وذلك على هدى النظرية الحديثة لاحتكار القلة[٢]. ويفترض احتكار القلة توافر بعض التجار على مستوى واحد في سوق معينة، يقوم كل واحد منهم برصد أعمال التجار الآخرين، لأن كل عمل يقوم به تاجر يؤثر على الباقين. ومثل ذلك عند توافر ثلاثة تجار في سوق بيع السيارات لكل واحد منهم حصة سوقية قدرها الثلث، وكانت قيمة السيارة عشرة آلاف دينار، فإذا قام أحدهم ببيع السيارة بتسعة آلاف فإن الحصة

---

(١) Herbert. Hovenkamp, "Economics and Federal Anti-trust Law," P.83-84.

(٢) E. Chamberlin, "The Theory of Monopolistic Competition," 1933.

Elziga, "New Developments on the Cartel Front," 29 Antitrust Bull. 3(1984).

السوقية للتجار الآخرين تقل عن الثلث، ويظفر من ثم التاجر الذي خفض السعر بأكثر من ثلث حصته السوقية. وتفادياً لنزول حصة التاجرين الآخرين يقوم كل واحد منهما باتباع سعر التاجر الأول حتى لا يفقد حصته، وذلك دون وجود اتفاق صريح بينهم على ذلك. وعليه فإن الكارتل لكي يقوم يتطلب إبرام اتفاق صريح، بينما لا وجود لهذا الاتفاق في احتكار القلة[1].

ومن ذلك يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولا: لا يشكل احتكار القلة مخالفة لأحكام المنافسة طالما لم يتجاوز التجار مهمة تتبع أسعار بعضهم البعض، بل إن ذلك من إفرازات المنافسة. بيد أنه في الحقيقة لا يقدم أي منهم على تخفيض سعر منتجاته لأنه لو فعل ذلك لفقد الكل السعر العالي للمنتج، الذي وصل إليه بفعل احتكار القلة.

ثانياً: تختلف البيئة الاقتصادية التي ينمو فيها الكارتل عن تلك التي تصلح لاحتكار القلة. ذلك أن السوق في الأول يحتوي على العديد من التجار فهو سوق مفتوحة وثمة منافسة فيه بين التجار، بينما في احتكار القلة يتصف السوق بالتركيز (Highly Concentrated). أي ندرة المنافسة فيه.

ثالثاً: يترتب على ذلك اختلاف أحكام المنافسة المرصودة في التشريعات للتصدي للكارتل أو احتكار القلة، ففي الأولى ليست ثمة خلاف في التشريعات المقارنة على حظر اتفاق التجار على تقييد أو تفادي المنافسة بينهم، لكن الأمر في الثاني فيه شيء من الخلاف حول طريقة التصدي له. فمن قائل بضرورة تدخل

---

(١) للمزيد من التفصيل حول احتكار القلة انظر:

Sherer and Ross, "Industrial Market Structure and Economic Performance," 3rd., ed., 1990, chs.6-8.

Sweezy, "Demand under conditions of Oligopoly," 47 J. Political Economics, 568-575 (1937).

Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis" PP.276-287.

القضاء لتغيير تركيبة السوق وتفتيت احتكار القلة. ومن قائل بضرورة عدم التصدي لاحتكار القلة، إذ أن مصلحة العملاء في الإبقاء عليهم لأن الإنتاج أو التوزيع الكبير الذي يقومون به يدعو إلى خفض الأسعار وهو ما يسمى (Efficient Rate of «Output»[1] ومن الحري التنويه بأن الاتفاق المبرم بين التجار لتقييد المنافسة على الصعيد الأفقي يتصف ببعض الخصائص التي تميزه عن العقود التقليدية الأخرى. ففي العقد التقليدي الملزم للجانبين يلتزم الطرف الأول بالقيام بعمل مقابل أداء يقدم من الطرف الآخر، فإذا اشترى طرف سيارة وتسلمها التزم بأداء الثمن. فإذا لم يقم بذلك خسر البائع السيارة والثمن. ومن ثم يجوز للبائع فسخ العقد واسترداد السيارة[2]. بينما في اتفاق الكارتل يتفق التجار على القيام بعمل في مواجهة شخص ثالث وهو المشتري، مثلا، بيع البضاعة بسعر معين، لكن إخلال أحد التجار بهذا الاتفاق، مثلا البيع بسعر أقل من المتفق عليه، يكون مستتراً، ويصعب على باقي التجار التحقق منه، إلا بعد حين. وبتعبير آخر، إذا كان إخلال طرف بالتزام تعاقدي يكون واضحاً للطرف الآخر، مما يمكنه من القيام بإجراء وقائي أو علاجي (امتناع عن تنفيذ التزام المقابل أو طلب فسخ العقد)، فإن الإخلال في حال اتفاق الكارتل يكون خفياً، مما يجعل الطرف المخل بالتزامه في مركز أفضل من الطرف الآخر، وذلك نتيجة لأن الالتزامات المتقابلة في الكارتل بين التجار تنفذ في مواجهة طرف ثالث وهو العميل. ومن جانب آخر حتى لو علم باقي التجار بذلك الإخلال فقد

---

(١) Posner, "Oligopoly and the Anti-trust laws: A suggested Approach," 21 stan. L.R. 1562 (1969).

Morkovits, "A Response to Professor Posner," 28 stan. L. Rev. 919 (1976).

(٢) Anson's Law of Contrect, "edited by A.G. Guest 26th., ed., Clarendon press, Oxford, 1992., P.P. 467-484.

عبدالمنعم فرج الصده - «نظرية العقد في قوانين البلاد العربية» دار النهضة العربية - ١٩٧٤ - ص ٥٨٤ - ٥٨٨ و ٦٠٤ - ٦١١ .

Peltzman, "The Gains and Losses from Industrial Concentration," 20 J.L. and Econ. 229 (1977).

يكون من مصلحتهم الاستمرار بتنفيذ الاتفاق رغم ذلك الإخلال حتى لا تثور المنافسة بينهم، وحتى يكون بمقدورهم البيع بسعر احتكاري لا تنافسي. إذن اتفاق الكارتل يتميز بصعوبة التحقق فيه من إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه ومصلحة الاستمرار بتنفيذ العقد رغم ذلك الإخلال دون القيام بإجراء وقائي أو علاجي. وطالما كان اتفاق التكتل أو الكارتل غير مشروع فلا يحق للطرف الملتزم به أن يطلب تعويضا من الطرف الذي أخل به.

المبحث الثاني:
تقدير اتفاقات تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي

يستهدف التجار من إبرام اتفاق الكارتل تقييد كمية المعروض من المنتجات في السوق حتى يزيد حجم الطلب بغية جني أرباح احتكارية، كما لو كان في السوق تاجر واحد. وينجح التجار في إبرام هذا الاتفاق وتنفيذه كلما كانت المنتجات محل التقييد متماثلة أو متشابهة، وثمة تقارب في تكلفة تلك المنتجات بين التجار وكان هؤلاء التجار يستحوذون على كامل الحصص السوقية. وذلك حتى يسهل تقسيم الحصص بينهم. بيد أنه ثمة معوقات تعترض سبيل تنفيذ اتفاق الكارتل، تتمثل في معوقات داخلية (في كيان الكارتل) ومعوقات خارجية.

وتتمثل المعوقات الداخلية في تحفيز طريقة تكوين اتفاق الكارتل الأعضاء للإخلال به. وهو ما اصطلح على تسميته «Cheating» أي خداع أو غش الأعضاء[1]. ذلك أن بيع أحد التجار السلعة بأقل من السعر المتفق عليه من شأنه جذب عملاء التجار الآخرين إليه ومن ثم زيادة حجم مبيعاته وجني أرباح تفوق ما كان سيحصل عليه لو تقيد بالسعر الاتفاقي.

---

(١) Herbert Hovenkamp, Economics and Federal Antitrust Law," P.85-86.

Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis," P.189.

John E. Lopatka, "The Care for Legal Enforecement of Price Fixing Agreements" P.14.

وتزيد احتمالات عدم التقيد بالسعر المتفق عليه كلما كانت المنتجات محل البيع متمايزة، وعدم وجود نماذج للعقود التي تبرم مع العملاء، أي ثمة فرصة للتفاوض بين التجار وعملائهم في كل الصفقات التي تبرم، وكلما تعاقد هؤلاء التجار مع مشترين خارج نطاق السوق الذي قيدت فيه المنافسة على الصعيد الأفقي[١].

ومن البين صعوبة إخفاء مخالفة التاجر لاتفاق الكارتل إلى أمد طويل لارتباط ذلك بحجم مبيعات باقي التجار وانصراف العملاء عنهم.

لذا فمن المحتمل أن يلجأ التاجر إلى البيع بأقل من السعر المتفق عليه بطريق غير مباشر، كما لو باع بالسعر المتفق عليه لكنه أعطى تخفيضا سرياً، أو أعطى المشتري خدمات ما بعد البيع فيها تفضيل له ما كان بمقدوره الحصول عليها في الأحوال الطبيعية، أو لو قام البائع بشراء سلعة من المشتري بسعر عالٍ تعويضاً له عن بيع البضاعة الأولى بالسعر المتفق عليه. وتحسباً من احتمالات إخلال أعضاء الكارتل بالاتفاق المبرم بينهم، يقوم هؤلاء في بعض الأحوال بالاتفاق على تضمين العقود المبرمة بينهم وبين العملاء شرطاً يعطي للعميل الحق في رد البضاعة واسترداد الثمن لو تبين له أن ثمة تاجراً آخر يبيعها بأقل من السعر المباع له أو باسترداد مقدار الفرق بين السعرين، وهو ما يطلق عليه شرط «Most Favored Nation or Buyer» أو شرط حماية السعر[٢]. وقد يبدو للمشتري أن هذا الشرط يضمن نزول البائع إلى السعر التنافسي الأقصى مما يحفزه على الشراء، بينما هو في الواقع مؤشر على تكوين الكارتل.

ومن جانب آخر فقد يتفق التجار على إيداع تأمين مالي لدى اللجنة المنظمة

---

(١) Herbert Hovenkamp, "Economics and Federal Antitrust Law, P.88.

(٢) Hay, "Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law," 67 Cornell L. Rev. 439, (1982).

للكارتل تضمن عدم الإخلال بالاتفاق، فإذا بدا للعيان أن أحدهم لم يلتزم بالاتفاق حق للباقين مصادرة التأمين وتقسيمه بنسبة ما لحقهم من ضرر[١].

ففي كارتل (التباكو) اتفق على تحويل كل الأرباح إلى أمين الصندوق حتى توزع على الجميع عند نهاية السنة مخصوما منها ١٠٪ على سبيل الضمان. فإذا قرر ثلثا التجار مخالفة أحدهم للاتفاق سقط حقه بالضمان المودع لدى أمين الصندوق[٢].

وتتمثل المعوقات الخارجية التي تواجه تكوين أو استمرار اتفاق الكارتل في إحجام بعض التجار عن دخول هذا التجمع أو الخروج منه بعد دخوله، إذ يكون هؤلاء بمثابة أداة هدم هذا التجمع بحسبان مقدرتهم على جذب العملاء لبيعهم البضائع بأقل من سعر تجار الكارتل.

على أنه حتى لو هب جميع التجار إلى دخول تجمع الكارتل، لبقيت احتمالات دخول تجار آخرين إلى سوق السلعة التي قيدت فيها المنافسة، وذلك بالطبع ما لم يكن هناك عوائق لدخول السوق، سواء كانت عوائق قانونية، مثلاً، الحصول على ترخيص أو عوائق اقتصادية تتمثل في الكلفة المالية للمتاجرة بالسلعة التي قيدت فيها المنافسة على الصعيد الأفقي. ويضمحل هذان العائقان كلما أحجمت الدولة عن التدخل في السوق وكلما تطورت النواحي التكنولوجية في

---

(١) Hooker & Woodward v. Vander water, 350 (U.Y. sup. ct. 1847).

Stanton V. Allen, 436-37 (N.Y. sup. ct. 1848).

(٢) Hoffman V. Brook, 1216 (super. ct. of cincinnati 1884).

انظر أيضا:

Emery V. Ohio Candle co., 47 ohio st. 320, 321 (1890).

إذا اتفق تجار على إيداع الأموال لدى أمين صندوق الكارتل يعتمد على مقدار أو حجم العمل التجاري الذي أنجز، وهذه الأرباح تحجب عن العضو الذي ينسحب من التجمع أو الكارتل.

صناعة المنتج محل التقييد وأصبح في المتناول، كما هو الحال في صناعة الحاسبات الآلية[١].

وإزاء هذه المعوقات تتوجه اتفاقات الكارتل إلى خيارات أخرى تقوم مقام الالتزام بسعر محدد للسلع تتمثل في الاتفاق على سقف أعلى لإنتاج أو توزيع كل تاجر «Output Restriction» (أي توزيع الحصص) منضم للكارتل أو الاتفاق على توزيع السوق بين التجار[٢]. ذلك أنه قد يصعب إخفاء الإخلال بهذه الاتفاقات من قبل أحد التجار عن التجار الآخرين، ولاسيما إذا صاحب هذا الاتفاق آلية تحقق من كمية إنتاج أو توزيع كل تاجر، مثلاً، حق الاطلاع على الدفاتر التجارية إذا كان تقديم هذه البيانات إلى الدولة إلزامياً على التجار لتقدير حجم الضرائب المستحقة عليهم.

وأيا ما كان الأمر، فإنه ولئن اعترى التجار بعض الصعوبات في تنفيذ اتفاق الكارتل سواء الداخلية منها أو الخارجية، فالتجربة تدلل على أن التجار مبدعين في وضع الحلول لهذه المعوقات مدفوعين، **أولا**: بالأسعار الاحتكارية المتحصلة من تنفيذ الاتفاق، **وثانيا**: تفادي المنافسة القائمة بينهم أو المحتملة من الغير. وبهذا يظل إشكال تجمع التجار لتفادي المنافسة على الصعيد الأفقي مسألة تبحث عن حل في ظل قوانين المنافسة التجارية.

المبحث الثالث:
ملامح عامة للسوق الكويتية

من الصعوبة بمكان إعطاء وصف دقيق للسوق الكويتية، لكونه سوقاً مفتوحة على الإطلاق، أو لكونه سوقاً يستحوذ عليه قلة من المحتكرين، ذلك أن هذا الوصف يعتمد على كل عمل تجاري على حدة. وعليه، فثمة أعمال تجارية تحدوها المنافسة نظراً لكثرة التجار المتعاملين فيها، بسبب قلة رأس المال المطلوب للمتاجرة فيها، وهناك

(١) Herbert Hovenkamp, "Economics and Federal Antitrust law," P.97.

(٢) G. Stigler, "The Organization of Industry -42-43 (1983).

أعمال تجارية يحتكرها قلة من التجار نظراً لضخامة رأس المال المطلوب للمتاجرة فيها. وهناك أعمال تجارية فيها احتكار مطلق. ومثال الأولى تجارة الأقمشة أو الملابس أو المواد الغذائية، ومثال الثانية تجارة السيارات ومثال الثالثة الاتصالات الهاتفية. بيد أن الصفة الغالبة على السوق تنحو نحو الأعمال التجارية التي تدب فيها المنافسة لكثرة التجار المتعاملين فيها، ثم تأتي بعد ذلك الأعمال التجارية التي يحتكرها قلة من التجار، ومن ثم الأعمال التجارية التي فيها احتكار مطلق. ومن الحري الإشارة بأن السوق في الكويت تتصف بثلاث خصائص. الخاصية الأولى تتمثل في أن أغلب التجار المتعاملين بعمل تجاري معين يضمهم اتحاد يجمعهم ويدافع عن حقوقهم ليس فقط في مواجهة السلطات العامة بل أيضاً في مواجهة العملاء، إلى جانب تنظيم المنافسة بين أعضاء الاتحاد. فعلى سبيل المثال تنص المادة الرابعة فقرة (و) من لائحة الاتحاد الكويتي لمنتجي الطابوق الاسمنتي وبلاط الموزايك على أهداف الاتحاد ومنها «توثيق عرى المودة بين الأعضاء والعمل على منع المنافسة غير الصحيحة»[1].

والخاصية الثانية تتمثل في وجود عوائق قانونية لدخول السوق للراغب في ممارسة العمل التجاري أو لمن يود الانتقال من عمل تجاري الى آخر. ويبدو العائق القانوني في صعوبة الحصول على ترخيص لممارسة العمل التجاري أو قسيمة صناعية لمن يرغب في ممارسة العمل الصناعي[2].

(١) انظر على سبيل المثال ـ اتحاد الجمعيات التعاونية (اتحاد مشترين) واتحاد تجار ومصنعي المواد الغذائية (اتحاد بائعين) واتحاد وكلاء السياحة والسفر واتحاد وكلاء السيارات واتحاد ملاك العقارات.

(٢) وقد تقدم بعض أعضاء مجلس الأمة بمشروع قانون يقضي بوجوب إصدار ترخيص لمن يرغب في ممارسة العمل التجاري عندما يستوفى الشروط المنصوص عليها في قانون ترخيص المحلات التجارية. ويسحب هذا المشروع من وزارة التجارة سلطتها التقديرية في منح أو منع الترخيص عند توافر الشروط. ولعل العلة التي دعت الى التقدم بهذا المشروع ترجع الى متاجرة بعض الأشخاص بالتراخيص الصادرة اليهم، إذ تصل قيمة الترخيص في بعض الأحيان عشرات الآلاف من الدنانير.

وتتمثل الخاصية الثالثة للسوق الكويتية، الذي ينقسم إلى قسمين هما: القطاع التجاري، والقطاع الصناعي، في أنه يعول القسم التجاري على تجارة الاستيراد بموجب عقود قصر مبرمة بين المورد الأجنبي والتاجر المستورد الكويتي، الذي يقوم بدوره بتوزيع بضاعته على تجار الجملة أو التجزئة، وربما يتدخل في تحديد سعر إعادة البيع[1]. وتتمحور الصفة الطاغية على القطاع الصناعي في ميله نحو احتكار القلة، نظراً لما تحتاجه الصناعة من مميزات خاصة فيمن يمارس هذه المهنة ولكونها قائمة على براءات الاختراع التي تمنح مستخدميها حقا احتكاريا فترة زمنية محدودة[2].

الفصل الثالث
اتفاق تحديد أسعار السلع أو الخدمات التجارية

لا غرو أنه يعد اتفاق تحديد أسعار السلع أو الخدمات بمثابة المحور الذي تدور من حوله باقي الاتفاقات الأفقية التي يبرمها التجار بغية تقييد المنافسة بينهم أو تفاديها، ولذا كان بديهيا التركيز في هذه الدراسة على أهم نوع من أنواع الاتفاقات الأفقية المناهضة للمنافسة الحرة، ولكون كل تشريعات المنافسة المقارنة تنص على

(١) وقد ورد شرط القصر في المادة ١/٢٨٦ من قانون التجارة الكويتي، والتي بموجبها يُلزم التاجر بترويج وتوزيع منتجات منشأة صناعية أو تجارية في منطقة معينة بشرط أن يكون هو الموزع الوحيد لها. وقد طبق المشرع الكويتي بعض أحكام وكالة العقود على عقد التوزيع. للمزيد من التفصيل حول عقد التوزيع، انظر:
- حسني المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن، مكتبة الصفار، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص ٢٢٩ ـ ٢٤٩ .
- يعقوب صرخوه، العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ دراسة مقارنة ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٨٦ ص ٣٠٧ ـ ٣٣٤ .

(٢) دليل الصناعات الكويتية لسنة ٩٤ ـ ٩٥ . صادر عن اتحاد الصناعات الكويتية.

حظر اتفاق تحديد الأسعار سواء بطريق مباشر أو غير مباشر من خلال حظر كل اتفاق مؤداه تقييد المنافسة أو تفاديها. ونتناول فيما يلي:

المبحث الأول - تعريف اتفاق تحديد الأسعار.

المبحث الثاني - بيان أنواع اتفاقات تحديد الأسعار.

المبحث الأول

تعريف اتفاق تحديد الأسعار:

من مطالعة تشريعات المنافسة المقارنة يبين عزوفها عن تعريف اتفاق تحديد الأسعار، فهي إما أن تحظر الاتفاق في ذاته دون التطرق إلى التعريف أو تحظر كل عمل من شأنه تقييد المنافسة أو تفاديها على الصعيد الأفقي[1]. ولا غرو أن هذا

(١) مثال على تشريعات تحظر اتفاق تحديد الأسعار في ذاته دون التطرق إلى التعريف هو مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار الكويتي - المادة ٦٠ مكرر -١- أما دول المجموعة الأوروبية فهي على العموم تتجه في تشريعاتها صوب حظر كل عمل يكون غرضه أو أثره تقييد أو تفادي المنافسة في سوق معينة وهي تشريعات مستلهمة من نص المادتين ٨٥ - ٨٦ من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة. انظر:

- In France: Ordinance No. 86-1243 On the Freedom of Prices and on competition of December 1, 1986 and Decree No. 86-1309 of December 29, 1986 that Implement the Ordinance.

- In Germany the Federal Act Against Restraint of Trade (G W B) and the Federal Act Against Unfair Competition (U W G).

- In Ireland - Competition Act of 1991 - entered into Force on Oct. 1, 1991.

ولكن التشريع الإيرلندي نص على بعض الاتفاقات على سبيل المثال - منها اتفاق تحديد الأسعار.

- In Italy - Law No.287/90 On Protection of Competition and Market. came into force on Oct. 14. 1990.

- In Spain - Law No.16/1989 On Competition Deferce, (The C.D. Law).

هو دأب التشريعات، إذ تترك مسألة التعريف إلى القضاء أو الفقه لكونه يتطور مع تطور النشاط المحظور.

وقد عرف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية اتفاق تحديد الأسعار بأنه «كل اتفاق يكون غرضه أو أثره رفع أو تحديد أو تقييد أو تثبيت أسعار المنتجات»(١). ويمكن استخلاص جملة ملاحظات على هذا التعريف وهي أن القضاء ركن إلى التعريف الواسع المرن لمصطلح تحديد الأسعار Fixing prices، ولم يهدف إلى رفع الأسعار فحسب كما يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى بل أيضا تثبيتها حتى لو كان السعر معقولا، على اعتبار أن تحديد معقولية السعر تترك لقاعدة العرض والطلب وليس للتجار. ومن جانب ثانٍ توسع القضاء من حيث ضرورة أن يكون غرض الاتفاق أو أثره تحديد الأسعار، إذ اكتفى بأحدهما إما الغرض أو الأثر وذلك ملاءمة من سياسة القضاء الرامية إلى توسيع نطاق مصطلح تحديد الأسعار. وهكذا تقوم المسئولية إذا كان غرض الاتفاق تحديد الأسعار حتى وإن لم يحدث هذا الأثر، وكذا تقوم المسئولية حتى لو لم يكن غرض الاتفاق تحديد الأسعار طالما أحدث ذلك الأثر.

وفي فرنسا عرف اتفاق تحديد الأسعار بأنه «تحفيز رفع أو انخفاض الأسعار بواسطة تفادي تعيينها من خلال معطيات السوق وظروفه»(٢). وفي دعوى Plymouth Dealers Association of North California v. United States

قرر بأن اتفاق تحديد الأسعار هو «كل اتفاق يكون غرضه أو أثره تحديد الأسعار من خلال تدابير يقوم بها التجار في السوق(٣) وعلى هذا يمكن القول إن اتفاق تحديد

---

(١) United States v. Socony-vacuum. 1 co., 310 U.S. 150, 222-23 (1940).

(٢) انظر: القانون الفرنسي المشار إليه أعلاه - المادة السابعة:

- Competition and Antitrust Law "Corporate Finance, Jan. 1992, p.23.

(٣) 279 F. 2d 128 (9 th Cir. 1960).

United States V. Nationwide Trailer Rental sys. 156 F. supp. 800 (D. Kan.) (1957).

الأسعار هو عقد أو فهم مشترك، لأن المشرع الفرنسي استعمل كلمة تشجيع أو تحفيز بين مجموعة من التجار يرمي إلى تعطيل قوى السوق (المنوط بها تحديد الأسعار، أي العرض والطلب) عن القيام بهذه المهمة. على أن يتنازل هؤلاء التجار عن استقلالهم وسلطاتهم التقديرية في وضع الأسعار المناسبة. فإذا كان ذلك فلا ينظر القضاء إلى الأثر الذي يحدثه هذا الاتفاق على الأسعار، أي سواء أحقق التجار باتفاقهم النتيجة التي يسعون إليها أم باء اتفاقهم بالإخفاق، وسواء أقام التجار بتنفيذه أم تعطل لأي سبب كان، طالما كان غرض الاتفاق تحديد الأسعار أو كان له غرض آخر، لكنه أدى إلى نتيجة تحديد الأسعار. وبتعبير آخر اتفاق تحديد الأسعار يشمل الاتفاق المباشر أو غير المباشر، الصريح أو الضمني.

وقد جاء مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار الكويتي موفقا بين اتجاه حظر كل عمل يكون غرضه أو أثره تقييد المنافسة وبين حظر اتفاق تحديد الأسعار بشكل صريح. إذ نصت المادة ٦٠ مكرراً بأنه: «يحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع بسوء نية من تاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويكون من شأنه صرف عملاء تاجر منافس أو الإضرار بمصالحه، أو إعاقة التجارة بتقييد المنافسة أو تفاديها في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت. وتعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص:

١ ـ الاتفاق الصريح أو الضمني على تحديد سعر بيع البضائع أو الخدمات إلى الغير. ويظهر من صياغة المادة أن المشرع يعتبر اتفاق تحديد الأسعار عملاً مناهضاً للعادات أو الأصول المرعية للمعاملات التجارية لأنه يقود إلى تقييد المنافسة أو تفاديها في سوق سلعة أو خدمة تجارية، وعلاوة على أن المشرع هنا لا يستوجب أن يكون غرض الاتفاق أو أثره مقيدا للمنافسة، بل يكفي أن يكون من شأنه إعاقة التجارة بتقييد المنافسة أو بتفاديها حسب المجرى الطبيعي للأمور حتى وإن لم يرتب تلك النتيجة لسبب لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه. وترتيبا على ذلك نص المشروع صراحة على حظر الاتفاق الصريح أو الضمني على تحديد سعر بيع

السلع أو الخدمات إلى الغير أي سواء كان البيع إلى تاجر آخر أو إلى العملاء وسواء كان الاتفاق مباشرا في تحديد سعر البيع أم كان غير مباشر وأدى إلى تلك النتيجة، كالاتفاق على عدم منح العملاء تخفيضا أو عدم إعطاء العملاء أجلا للوفاء بالثمن أو تحديد كمية المعروض من المنتجات في السوق. وقد استعمل المشروع عبارة تحديد السعر، لذا يتعين إعطاؤها مفهوما واسعا بحيث لا يقتصر على السعر العالي بل يشمل حتى السعر المنخفض، لأن تحديد سعر المنتجات متروك للسوق ذاته بموجب قاعدة العرض والطلب.

المبحث الثاني
أنواع اتفاقات تحديد الأسعار:

لا غرو أن التجار على العموم يتمتعون بخصال الذكاء والفطنة وطرق السبل غير التقليدية، ومن المتوقع عدم قيامهم بإبرام اتفاق صريح على تحديد الأسعار، والاستعاضة عن ذلك بإبرام اتفاق ليس له الصفات الظاهرة لتحديد الأسعار غير أنه يقوم بذات الأثر والنتيجة. لذا ليس بممكن ألبتة لأحكام تشريعات المنافسة تحقيق أهدافها لو اكتفى المشرع أو القضاء بالمفهوم الحرفي والضيق لمصطلح تحديد الأسعار. والمطالعة المتأنية للأحكام المقارنة تفيد انتشار اتفاقات تحديد الأسعار غير المباشرة، ظنا من التجار أنهم يتجنبون بذلك طائلة النص الحاظر لاتفاق تحديد الأسعار. وعليه يمكن تقسيم اتفاقات تحديد الأسعار إلى قسمين هما:

١ ـ الاتفاق الصريح أو المباشر.

٢ ـ الاتفاق الضمني أو غير المباشر[١].

---

(١) قرب أو تقسيم مغاير

John R. Allison, "Ambiguous Price Fixing and the Sherman Act: Simplistic Labels or unavoideble analysis, P.772-773.

fixing the price Fixing confusion: A Rule of Reason Approach," 92, Yale Law Journal 1982-1983- PP.706-730, at 715-716.

وفي ذلك تقول المحكمة العليا في الولايات المتحدة في دعوى Socony بأنه «لا يلزم حتى تتحقق مخالفة تحديد الأسعار أن يتفق المتواطئون على سعر جامد وموحد للسلعة، لأنه تتحقق مخالفة تحديد الأسعار بأقل من ذلك. إذ أن السلوك يكون محظورا بصفة مطلقة Per se حتى وإن كان أثره على الأسعار غير مباشر. فيكفي حتى تتحقق المخالفة إعاقة قوى السوق الحرة من تحديد الأسعار[١].

أولاً: الاتفاق الصريح أو المباشر:

هو الاتفاق الذي يبرمه مجموعة من التجار، ويكون غرضه تحديد سعر بيع أو شراء البضائع أو الخدمات من أو إلى الغير. والمقصود بذلك اتجاه التجار بصورة مباشرة إلى تحقيق النتيجة التي يسعون إليها والمتمثلة في تحديد السعر بمفهومه العام. ففي دعوى U.S. V. Trenton Potteries اتفق مجموعة من منتجي الحمامات والتي كانت تستحوذ على حصة تعادل ٨٢٪ في ذلك السوق على تعيين سعر دورات المياه وتقييد كمية ما يعرض في السوق[٢]. ويتعين ألا يفهم أن الاتفاق الصريح ينصرف فقط إلى تحديد الثمن الكامل للبضاعة أو الخدمة من قبل أعضاء التكتل كما هو الشأن في الدعوى الماثلة بل يشمل حتى الاتفاق على تحديد بند جزئي من السعر الإجمالي للسلعة. ومثل ذلك الاتفاق على تعيين حد أقصى للتخفيض الممنوح من البائعين إلى المشترين، وطريقة موحدة لأداء ثمن البضائع المستوردة أو الاتفاق على إعطاء المشترين مدة طويلة للوفاء بقيمة البضاعة، على اعتبار أن ذلك ينطوي على تخفيض من قيمتها[٣]. وهكذا فإن

---

(١) U.S.V. Socony - Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).
National Elec. Contrctors Ass' n. 678 F. 2d 492, 500 (4th. Cir. 1982).

(٢) 237 U.S. 392 (1927).

(٣) Vimpoltu, OJ 1983 L 200/44 (1983) 3 CMLR 619.

الاتفاق الصريح على تحديد السعر يتصل بصورة مباشرة بالثمن الإجمالي للسلعة أو بأحد عناصره.

ثانياً: الاتفاق الضمني أو غير المباشر:

وهو الاتفاق الذي تبرمه مجموعة من التجار ويكون أثره تحديد سعر بيع أو شراء البضائع أو الخدمات من أو إلى الغير. والمقصود بذلك اتجاه إرادة التجار بصورة غير مباشرة إلى تحقيق النتيجة التي يسعون إليها والمتمثلة في تحديد السعر بمفهومه العام، أي أن الاتفاق في ظاهره لا يتعلق بتحديد السعر بصورة مباشرة ولكن يكون له بعد ذلك أثر تحديد السعر . ففي دعوى: United States V. Socony - Vaccum Oil Co., اتفقت مجموعة شركات نفطية على شراء الفائض من السوق العاجل تمهيدا لتخزينه بغية بيعه في السوق الآجل[1]. ويسعى التجار من إبرام هذا الاتفاق إلى المحافظة على الأسعار من النزول برغم أن كمية العرض تفوق الطلب مما يؤدي إلى نزول السعر، ففي شراء الفائض من الوقود تفويت فرصة نزول الأسعار بفعل من التجار، بما حاصله تعطيل آلية السوق، تمهيدا لبيع المخزون المشترى بسعر أعلى في السوق الآجل، فهو إذن اتفاق على تحديد الأسعار. وفي دعوى United States V. American Smeltirg and Refininy قررت المحكمة العليا في نيويورك أنه إذا قام التاجر الذي لديه وكيل تابع له لتصريف بضاعته بالسماح لمنافسه باستعمال ذلك الوكيل بغية تصريف بضاعته أيضا، فإن أثر الاتفاق هو تحديد الأسعار[2]. وعلى العموم فلا تختلف الأحكام القانونية المطبقة على اتفاق تحديد الأسعار سواء كان المباشر أو غير المباشر، ولكن تختلف طريقة تحليل الاتفاق.

---

(١) 310 U.S. 150 (1940).

(٢) 182 F. supp. 834 (S.D.N.Y. 1960).

انظر كذلك

United States V. Gasoline Retailers Association, 285 F. 2d 688 (7th Cir. 1961).

رأينا بالموضوع:

ليس من المتوقع إبرام التجار اتفاق تحديد الأسعار المباشر نظراً لمخالفته الصريحة لأحكام المنافسة المشروعة ولإمكانية تحقيق نتيجة تقييد المنافسة من خلال اتفاق تحديد الأسعار غير المباشر. وعلى القضاء عند رفع الدعوى تكييف الوقائع بتقدير أن الأمر لا يخلو من فرضين، فإما أن تتوصل المحكمة إلى أن غرض الاتفاق أو أثره تحديد الأسعار، أو أنها تلج إلى تحليل الأثر الذي قد يحدثه الاتفاق في السوق على الأسعار، فإذا كان الاتفاق غير المباشر يؤدي إلى تقييد منافسة التجار في خفض سعر السلع، كان الاتفاق بمثابة تحديد للأسعار وتعين الإبطال والإدانة. أما إذا لم يؤد الأثر الذي أحدثه الاتفاق في السوق إلى تقييد منافسة التجار في خفض الأسعار، كان الاتفاق مشروعا، ولا سيما إذا كان الدافع من إبرامه تحقيق مصلحة مشروعة.

وهذا يعني أن تلتفت المحكمة في الاتفاق المباشر عن بحث مدى جدوى الاتفاق أو المنافع التي قد تجنى منه لأنه محظور بحكم القانون، بينما يتعين على المحكمة في الاتفاق غير المباشر بحث غرض الاتفاق الظاهر والتأكد من أن النتيجة التي يحدثها ليست تحديد الأسعار، فإذا كانت النتيجة فعلا تحديد الأسعار تعين الحكم ببطلان الاتفاق. وتثور مسألة تنازع المصلحة التي قد يرتبها غرض الاتفاق مع الأثر الذي قد يحدثه إذا كان تحديد الأسعار. ومثل ذلك لو مني السوق بفترة كساد حادة، وأدى ذلك إلى نزول الأسعار إلى أقل من سعر التكلفة فإذا اتفق التجار على توزيع حصص الإنتاج بينهم تحسبا من انهيار سوق السلعة ومن ثم إفلاس هؤلاء التجار، وفي ذلك مصلحة، فإن من شأن هذا الاتفاق تحديد الأسعار من خلال خفض كمية العرض، الذي يؤدي إلى ارتفاع سعر السلعة، ونكون هنا بصدد تنازع مصلحتين، الأولى الحفاظ على توازن السوق، والثانية حماية العملاء من اتفاق تحديد الأسعار. وسوف نأتي إلى بحث هذه المسألة لاحقا.

القسم الثاني
الموقف التشريعي والقضائي للتقييد الأفقي للمنافسة واتفاق تحديد الأسعار

تقدم بيان القواعد العامة الضرورية لفهم موضوع التقييد الأفقي للمنافسة، ولاسيما، عند تحديد الأسعار. ونستعرض فيما يلي الأساس القانوني للحظر المطبق على التقييد الأفقي للمنافسة، وذلك وفقا للمادة الأولى من قانون شيرمن والمادة ٨٥ من الاتفاقية الأوروبية للسوق المشتركة (EEC). والعلة من اختيار هذين التشريعين تكمن في أنه يعتبر القانون الأول من أعرق القوانين المنظمة للمنافسة ويحتوي على ثراء فقهي يصلح أساساً يهتدى به من أي دولة تسعى إلى إصدار قانون خاص بها للمنافسة. أما الاتفاقية الأوروبية فهي أساس القوانين الوطنية للدول الأوروبية المنظمة للاتفاقية، بتقدير أنه في أحوال التنازع بين القوانين الوطنية وأحكام الاتفاقية تقدم أحكام الاتفاقية. وعلى هذا، فقد دلفت تلك الدول إلى دمج أحكام الاتفاقية في قوانينها الوطنية[1]. ونستعرض فيما يلي أساس مخالفة التقييد الأفقي للمنافسة وذلك في القانون الأمريكي والقانون الأوروبي، ثم نتناول الأحكام والمبادىء القانونية السارية في تحليل النصوص القانونية والدعاوى المتعلقة بالتقييد الأفقي للمنافسة.

---

(١) انظر على سبيل المثال القانون الفرنسي والألماني واليوناني والإيطالي والأسباني:
- Corporate Finance, 1992.

تعتبر الولايات المتحدة وكندا من أوائل الدول التي نظمت أحكام المنافسة ورصدت أحكاما جنائية لمخالفتها. وقد صدر قانون المنافسة في كندا سنة ١٨٨٩ ومن بعده قانون شيرمن الأمريكي سنة ١٨٩٠ .

الفصل الأول
أساس مخالفة التقييد الأفقي للمنافسة في القانون الأمريكي والقانون الأوروبي

تقضي المادة الأولى من قانون شيرمن لسنة ١٨٩٠ بما يلي:

«يعتبر غير مشروع كل عقد أو تكتل أو تواطؤ بغية تقييد التجارة بين الولايات المتحدة أو مع دولة أجنبية. وكل من يقوم بهذه الأفعال يعتبر مرتكباً جناية ويعاقب بالغرامة التي لا تجاوز مليون دولار إذا كان شخصا معنوياً ومائة ألف دولار إذا كان شخصاً طبيعيا أو بالسجن مدة لا تجاوز ثلاث سنوات أو بكلتا هاتين العقوبتين وفقا لتقدير المحكمة»[١].

وفي المقابل تقضي المادة ٨٥/ ١ من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة (EEC) بما يلي «تعتبر محظورة الاتفاقات الآتية لأنها غير متسقة مع مبادىء السوق الأوروبية: كل الاتفاقات بين الملتزمين أو قرارات هيئات الملتزمين وكل الأفعال المدبرة التي من شأنها التأثير على التجارة بين الدول المتعاقدة والتي يكون غرضها أو أثرها تقييد المنافسة أو تفاديها داخل السوق الأوروبية على وجه الخصوص:

أ ـ تحديد أسعار شراء أو بيع السلع أو الخدمات سواء كان ذلك صريحاً أو ضمنيا.

ب ـ تحديد أو السيطرة على الانتاج أو الأسواق أو التطور التكنولوجي أو الاستثمار.

ج ـ تقاسم الأسواق أو مصادر الطلب.

---

(١) - Amendment in 1975, 89 Stat. 801, repealed the 1973 Amendments, 50 Stal. 673.

د - تطبيق شروط مختلفة لصفقات متماثلة مع تجار مختلفين من أجل إخضاعهم لمراكز تنافسية سيئة.

هـ - جعل المتعاقد إبرام العقد رهنا لخضوع المتعاقد الآخر لالتزام إضافي غير مرتبط بالعقد الأصلي بالنظر إلى طبيعة ذلك الالتزام أو بالنظر إلى العادات التجارية[1].

ومن مطالعة هذين النصين يتبين استنادهما إلى قاعدة مشتركة - كما سيبين من الشروط التالية - مما دفع إلى تناولهما معا وذلك بغية توضيح أوجه التقارب وأوجه الاختلاف، وخاصة في حال استعمال مصطلحات متغايرة. ومن أجل بحث هذين النصين بصورة علمية يحسن استخلاص الشروط المتعين توافرها لتحقق مخالفة التقييد الأفقي للمنافسة.

إذ لابد من تحقق ما يلي:

أولا: تحديد صفة القائم بالعمل (مرتكب المخالفة)

ثانيا: إبرام عقد أو تكتل أو تواطؤ (الأمريكي) أو اتفاق أو قرار هيئات ملتزمين أو سلوك مدبر (الأوروبي).

ثالثا: تقييد التجارة (الأمريكي) تقييد أو تفادي أو تشويه المنافسة (الأوروبي) داخل الإقليم أو بين الإقليم والدول الأجنبية.

ونتطرق لهذه العناصر تباعاً:

(١) - Sweet & Maxwell European Community Treaties, Advisory Editor, K.R. Simmonds, 4th ed., London, 1980, P.90.

المبحث الأول
تحديد صفة القائم بالعمل

من البين، بادىء ذي بدء، اتجاه المشرعين إلى التوسع في صفة القائم بالمخالفة، إذ لا يتعين أن يكون تاجراً بمفهوم النظام اللاتيني بحسبان المشرع الأمريكي لم يتطرق إلى تحديد صفة القائم بالعمل، بما يومىء إلى ضرورة إدخال كل من يتمتع بشخصية اعتبارية أو قانونية. بيد أن الاتفاقية الأوروبية قد استعملت اصطلاح «Undertaking» أي الملتزم، وهو ما يشير بصورة جلية إلى الشخص الحائز على أهلية الوجوب، أو القادر على تحمل التزام أو اكتساب حق. وعلة استعمال مصطلح ملتزم بدلاً من تاجر هي من أجل إعطاء من يزاول العمل مفهوماً واسعاً. وبذا تنطبق أحكام المنافسة على كل من يزاول عملاً اقتصادياً، ومن ثم يمكن تفادي احتمال القول بعدم خضوع التصرف للقانون لكونه صادراً عن شخص يحمل صفة معينة. ولم يضع المشرع تعريفاً للملتزم في الاتفاقية، لكن محكمة العدل الأوروبية عرفته وهي بصدد التطرق لمصطلح الملتزم في سياق اتفاقية الصلب والفحم الأوروبية «ECSC» وتقول المحكمة في تعريفها للملتزم بأنه «شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بشخصية اعتبارية أو قانونية مستقلة ويقوم بعمل اقتصادي»[1].

لذا، حتى يخضع الشخص لأحكام المنافسة يتعين أن يتمتع بشخصية اعتبارية أو قانونية وأن تكون مستقلة وأن يقوم بعمل اقتصادي.

ويقصد بالعمل الاقتصادي حسبما عرف في دعوى U.S. V. National Association of Real Estate Board.

(١) - Mannesman V. High Authority, Case 19/61 (1961), E C R. 357, 371.
- Oberdorfer, Gleissand Hirsch, "Common Market Cartel Law", 2nd ed., Commerce Clearing House, New York, 1971, PP. 8-11.

بأنه «أية مهنة أو عمل أو تجارة سواء كانت يدوية أو ذهنية يقوم بها الشخص من أجل الربح أو المقابل»[١]. وعليه فإن أحكام المنافسة تنطبق على كل شخص يمارس أي عمل يجني من ورائه مقابل، عدا الأعمال التي استثناها المشرع بنص خاص[٢].

وبذا تنطبق أحكام المنافسة على مؤسسات الدولة التي تقوم بعمل اقتصادي طالما لا تظهر باعتبارها سلطة ذات سيادة وعلى البلديات وعلى الاتحادات وعلى الهيئات المملوكة ملكية عامة وعلى التاجر صاحب حق امتياز صادر له من الدولة وعلى صاحب المهنة وعلى الجمعيات التعاونية[٣].

---

(١) - 339 U.S. 485, (1950).

(٢) وقد استثنى المشرع في الولايات المتحدة من أحكام المنافسة الأعمال الآتية:

- المنظمات الزراعية والسمكية بموجب المادة ٦ من قانون كلايتون سنة ١٩١٤ .
- الاتحادات العمالية بموجب المادة ٢٠ من قانون كلايتون سنة ١٩١٤ .
- الأعمال المنظمة بقوانين خاصة مثلاً المحتكر الطبيعي

Natural Monopoly

انظر

- H. Domsetz, Why Regulate Utilities ? 11 J.L. & Econ. 55 (1968).

- O. Williamson, "Franchise Bidding for Natural Monopolies - In General and with Respect to CATV", 7 Bell. J. Econ., 73 (1976).

النقل والاتصالات - نظراً للمبالغ الطائلة التي تستثمر فيها وضرورة ضمان عائد للمستثمر تعويضاً له عن المبالغ التي استثمرها بعيداً عن المنافسة.

وقد استثنى المشرع الأوروبي الأعمال الآتية من أحكام المنافسة:

الأعمال المتعلقة بالصلب والفحم لأنها منظمة باتفاقية خاصة - وهذا الاستثناء ورد في المادة ٢٣٢/ ١ من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة.

انتاج الأسلحة الحربية بموجب المادة ٢٢٣/ ١/ب من اتفاقية السوق الأوروبية والأعمال الزراعية في حدود معينة وذلك بموجب المادة ٤٢ من اتفاقية السوق الأوروبية لأنها خاضعة لسياسة زراعية مشتركة بموجب المادة ٣٩ من اتفاقية السوق الأوروبية والنقل بواسطة الطريق -Road والقطار والمياه الداخلية لأنها منظمة بأحكام خاصة من ٧٤-٨٤ من اتفاقية السوق المشتركة.

والنقل البحري والجوي لأنها خاضعة لاتفاقيات دولية. للمزيد من التفصيل انظر:

D.G. Goyder "EC. Competition Law", PP. 78-87.

(٣) - Suiker Unie V. Commission, Case 40/73 (1975) ECR. 1663 (1976)1 CMLR. 295.

وقد طبقت أحكام المنافسة التجارية على عمل جمع القمامة[١]، وعلى حرفة الملاكمة[٢]، وعلى اتفاق تحديد سعر أقصى لعلاج المرضى بين الأطباء[٣]. وبذا فليس ثمة فارق بين من يمارس عملاً تجارياً أو عملاً مدنيا حسبما تفرق دول النظام اللاتيني طالما حصل من يمارس العمل على مقابل مادي. وعليه يخضع لأحكام المنافسة التجارية من يمارس عملاً مدنياً حتى لو كان داخل فرنسا أو ألمانيا.

وعلى العموم فإن المعول عليه بدرجة أكثر فاعلية في تحديد ماهية استقلال الشخصية المعنوية للقائم بالعمل هو بالاستقلال الاقتصادي وليس الاستقلال القانوني، بما حاصله أن اتفاق التعاون الذي يبرم بين الشركة الأم وإحدى الشركات التابعة لها لا ينطوي على مخالفة لأحكام المنافسة، حتى وإن كانت كلتا الشركتين تتمتعان بشخصية اعتبارية مستقلة عن الأخرى بحسبان الشركة التابعة خاضعة للسيطرة الاقتصادية من قبل الشركة الأم المتبوعة[٤]. وسوف نأتي لتفصيل هذه المسألة عند بحث أطراف الاتفاق الذين يخضعون لقانون المنافسة.

المبحث الثاني
إبرام عقد أو تكتل أو تواطؤ (الأمريكي)
أو إبرام اتفاق أو قرار صادر
عن هيئات الملتزمين أو سلوك مدبر (الأوروبي)

حتى يقع التصرف تحت طائلة أحكام المنافسة يتعين أن ينشأ نوع من التعاون

---

(١) - Indiana Farmers Guide Pub. Co. V. Prairie Farmer Pub. Co., 293 U.S. 268.

(٢) - U.S. V. Int'l Boxing Club, 348, U.S. 236.

(٣) - Arizona V. Maricopa County Medical Society, 102, S. Ct. 2466 (1982).

- Loretta M. Leo, "Antitrust Law - Price Fixing - Physician.

(٤) - Tim Frazer, "Monopoly, Competition and the Law", 2nd ed., Harvester Wheatsheaf, London, 1992, P.161.

بين شخصين على الأقل. وقد قال المشرع الأمريكي إن التعاون هذا هو على هيئة عقد، Contract بينما ذهب الأوروبي إلى أنه اتفاق، Agreement، ويتطلب ذلك تطابق إرادة الأشخاص، أي توافق الإيجاب والقبول للقيام بعمل معين غير مشروع، دونما داع لئن يرد هذا الاتفاق مكتوباً أو جزء منه مكتوباً والباقي شفويا، طالما قام الأشخاص بتنفيذ العمل المتفق عليه. ونحن نميل إلى صياغة المشرع الأوروبي عند استعماله مصطلح اتفاق وذلك تعبيراً على أنه في الغالب ينضوي العديد من التجار ضمن إطار الكارتل أو الاتفاق الأفقي. وذلك خلافاً لمصطلح العقد الذي يومىء - في الغالب - إلى توافق إرادة طرفيه فقط، وعلى العموم - فإن تقدير مدى توافر الاتفاق من عدمه من إطلاقات القضاء، لكونها متصلة بإثبات توافر القواعد العامة في إبرام العقود.

وإذا كان المقصود بالعقد أو الاتفاق بينا، فإن عبارة تكتل «Combination» يكتنفها الغموض وبحاجة إلى شيء من الإيضاح. إن عبارة تكتل وكذا تواطؤ «Conspiracy» يعبران على العموم عن مفهوم واحد، بحسبانهما قد وردتا في سياق المادة الأولى من قانون شيرمن على سبيل الترادف من أجل مرونة تفسيرها. عدا أن التواطؤ يتطلب توافر نية صريحة بين الأشخاص للقيام بعمل معين غير مشروع. بينما التكتل ليس بحاجة إلى ذلك، على اعتبار أنه يشير إلى الفعل الذي توجه الأشخاص إليه، إذ أنه يشمل حتى تباحث وتشاور المنتج وعميله بائع التجزئة دون وجود اتفاق صريح على تقييد التجارة، طالما كان أثر التباحث تقييد المنافسة[1]، فهو أي التكتل بمثابة التقاء أو توافق تفكير التجار على فعل يؤدي إلى تقييد المنافسة بينهم «Meeting of minds» دون وجود اتفاق صريح على ذلك[2] وهذا في الحقيقة يقترب من المصطلح الذي استعملته الاتفاقية الأوروبية في المادة ٨٥/ ١ وهو السلوك المدبر

(١) - U.S. V. Parke Davis & Co., 362, U.S. 29.

(٢) - American Tobacco Co., V. U.S., 328 U.S. 134.

«Concerted Practice» ويقصد به ذلك النشاط التعاوني القائم بين الملتزمين بالخفاء ويكشفه الواقع العملي دون أن يرقى هذا السلوك إلى الاتفاق(١).

ويتعين أن نفرق ونحن في هذا المقام بين العديد من الأعمال التي تقوم بين المتنافسين ويندرج بعضها تحت طائفة الأعمال المحظورة لأنها تشكل تعاونا بين المتنافسين بغية تقييد المنافسة بينهم. أولا: عمل المتنافسين بصفة شخصية بالاهتداء لأعمال الآخرين أو ما يطلق عليه «Conscious Parallelism» وينشأ ذلك عندما يقتفي التاجر آثار التجار الآخرين، فإذا قام تاجر بتخفيض ثمن سلعته يقوم التاجر الآخر بذلك دون وجود اتفاق حتى لا يفقد الأخير عملاءه بسبب انصرافهم إلى ذلك التاجر الذي خفض أسعاره. لذا تبقى الأسعار راكدة في هذه الحالة لأنه ليس من مصلحة أحد تخفيض السعر. ويكون ذلك إذا كان السوق يكتنفه احتكار قلة «Oligopoly»، أما إذا كثر المتنافسون، كان ذلك صفة حسنة بالسوق، لأنها تقود الأسعار إلى الانخفاض، وهذا ليس محظوراً بعرف قانون المنافسة لعدم وجود اتفاق بين المتنافسين، ولأن التاجر يعمل بصفة شخصية وفقاً لمعطيات السوق(٢). ثانيا: هناك السلوك المدبر «Concerted Action» أو التواطؤ الضمني «Tacit Collusion or Conspiracy» أو التكتل «Combination» بين المتنافسين من أجل تقييد المنافسة دون وجود اتفاق صريح بينهم. ويتطلب ذلك (أ) تحديد أهداف معينة وقبولها بين المتنافسين (ب) العمل الجماعي على تحقيقها. ويعتبر ذلك محظوراً في عرف أحكام المنافسة. وهناك الاتفاق الصريح

---

(١) - D.G. Goyder, "EC Competition Law", P.93.

- Oberdorfer, Gleiss and Hirsch, "Common Market of Cartel Law", PP.12-17.

(٢) - Fisher V. City of Berekeley, 106 S. Ct. 1045.

Herbert Hovenkamp: "Economics and Federal Antitrust Law", PP. 92-95.

- Pass and Sparker, "Control of Tacit Collusion in Britain", 15- Journal of World Trade and Law, 1981, P.521-533.

«Express or Overt Conspiracy or Collusion» بين المتنافسين من أجل تقييد المنافسة سواء كان الاتفاق شفويا أو مكتوبا[١] ومن باب أولى يعتبر ذلك محظوراً.

ومن الحري الإشارة بأن قانون شيرمن لم يفرق في قيام المسئولية بين التعاقد أو التكتل أو التواطؤ، طالما أمكن إثبات أي منهم. ومن ناحية أخرى يظهر أن القضاء في تطبيقه لنص المادة الأولى لم يقف أمام حرفية المصطلحات الثلاثة الواردة في المادة الأولى بل أقام المسئولية على إثبات وجود خطة «Plan» بين المتنافسين لأنها تفيد وجود تواطؤ «Conspiracy» وكذا على وجود اتفاق «Agreement» لأنها تفيد التعاقد «Contract» وعلى السلوك المدبر «Concerted Action» لأنها تفيد التجمع أو التواطؤ[٢].

وعلى العموم ينهض مؤشر وجود تعاون بين المتنافسين من اختلاف الأسعار بين الفترة السابقة على قيام التعاون والفترة اللاحقة له، ومن ثم اختلاف ذلك السعر بعد انحلال ذلك التعاون[٣].

وهذا يعني أن السلطة المخولة بالتحقيق بإدعاءات مخالفة أحكام المنافسة تلجأ ابتداء إلى إثبات توافر اتفاق، فإن عجزت عن ذلك تصير إلى تبين مدى تحقق التكتل أو السلوك المدبر. ففي دعوى Atka A/ S V.BP Kemi A/s لم تتوان المحكمة عن إقرار وجود اتفاق بين الملتزمين رغم عدم التوقيع عليه أو عدم تأريخه طالما قام الملتزمون بتنفيذه[٤] بما حاصله أنه لا يلزم أن يرد الاتفاق مكتوبا، ثم إنه لو لم يتم تفاوض الملتزمين في هذه الدعوى، لما كان هنالك اتفاق، بل سلوك مدبر بحسبان التوافق الذي ظهر بين أعمالهم في السوق.

---

(١) - Areeda and Kaplow: "Antitrust Analysis", PP. 288-305.

- Pass and Sparker: "Control of Tacit Collusion in Britain., PP. 521-522.

(٢) - Goldfarb V. Virginia State Bar., 421 U.S. 773, 782 (1975).

- Interstate Circuit, Inc., V.U.S. 306, U.S. 208, 226-27 (1939).

(٣) - John M. Kuchlman, Economic Issues in Recent Price-Fixing Cases, 10-11-Antitrust Law and Economic Rev. 78-79, PP.91-109, at 92.

(٤) - (1979) 3 CMLR. 684.

- Dyestuffs Case, OJ, 1969, L 195/11.

ويتعين في المقابل أن يرد الاتفاق أو التكتل بين مجموعة من التجار المستقلين، فلا اتفاق أو تكتل بين مدير الشركة وبين الشركة التي يعمل فيها لأنه ثمة وحدة بينهما، وهو يقوم بإدارة أعمال الشركة، ولأن عمل المدير هو عمل الشركة فلا تكتل بين الشخص ونفسه. وذلك خلافا لو كان للمدير عمل خاص به منافسا للشركة، فيغدو المدير تاجراً مستقلا عن الشركة(١).

ويفيد قرار هيئة الملتزمين الرأي الصادر من الهيئة التي تتمتع بشخصية اعتبارية منفصلة عن شخصية الملتزمين المنظمين إليها، سواء كان هذا الرأي على هيئة قرار أو توصية، وسواء كان صادراً عن مجلس الإدارة الممثل للملتزمين أو الجمعية العمومية التي تضم الملتزمين، وذلك بموجب عموم العبارة الواردة في المادة ٨٥/ ١ وعلى منهج التوسع في تطبيق أحكام المنافسة(٢).

المبحث الثالث
تقييد التجارة (الأمريكي)
تقييد أو تفادي أو تشويه المنافسة (الأوروبي)
داخل الإقليم أو بين الإقليم والدول الأجنبية

يعمل هذا الشرط على تفادي إعاقة انسياب حركة السلع والخدمات من دولة إلى أخرى بسبب يرجع إلى تدخل غير طبيعي من التجار، من أجل تقييد

(١) - Derrick Wyatt and Alan Dashwood, "The Substantive Law of the EEC," Sweet and Maxwell, London, 1980, PP. 253-270.

(٢) ويدخل ضمن نطاق مفهوم «هيئة الملتزمين» الهيئة التي تضم الى عضويتها هيئات أخرى تجمع التجار مثل اتحادات التجار حتى لو كان أعضاء هذه الهيئة معينين من الحكومة.
انظر

- Cecimo, J.O., 1969, L 69/13: (1969) C.M.L.R. DI.

- Wyatt and Dashwood, "The Substantive Law of the E.E.C., 258-259.

- GB- Inno -BM. V. Fedetab, OJ. 1978, L.224/29; (1978), 3 C.M.L.R. 524.

المنافسة[١] وبذا يتعين أن يصير هذا الأثر عابراً حدود الدولة إلى دولة أخرى. وقد قالت محكمة العدل الأوروبية إنه يتعين توقع - بناء على معايير قانونية وواقعية - بأن للاتفاق محل الدعوى أثراً مباشراً أو غير مباشر، حقيقيا أو احتماليا على التجارة بين الدول المتعاقدة[٢]. ولما كان كلا المشرعين يعول على المكان الذي يقع فيه التأثير على التجارة وهو داخل الإقليم - فلا أهمية والحال كذلك إلى موقع التجار الذين أحدثوا ذلك التأثير، بما حاصله أنه إذا وقع تأثير على التجارة خارج السوق الأوروبية أو الولايات المتحدة من جراء اتفاق أبرم في الداخل - فلا يخضع هذا التأثير لقانون المنافسة[٣].

ومحصلة ذلك أن التقييد الذي نجم عن الاتفاق أو التكتل إما أن يقع داخل الإقليم الأمريكي أو الأوروبي ويعوق انسياب التجارة أو يقع بالخارج ويؤثر عليها.

ولما كان هذا النهج يدفع إلى تطبيق قانون المنافسة الأمريكي والأوروبي على أفعال أبرمت من قبل تجار أجانب خارج الإقليم، ويشكل ذلك مساسا بسيادة الدول الأجنبية، إذ تعطي هذه النصوص القانون الأمريكي والأوروبي امتداداً إقليميا Extraterritoriality فقد استوجب القضاء في تطبيق هذه النصوص أن يكون التأثير جوهريا Substantial بحيث يقود إلى ارتفاع الأسعار بسبب تقييد المنافسة. وقد قالت المحكمة العليا في الولايات المتحدة في دعوى «Apex Hosiery Co. Leader» بأن التقييد الفعلي أو المحتمل المحظور بموجب قانون شيرمن هو الجوهري الذي له تأثير على الأسعار في السوق. وتقييد المنافسة والتأثير على انسياب حركة السلع بين الولايات بحد ذاته ليس كافيا، ما لم يثبت أن للتقييد أثراً

(١) A. Deringer,"The Competition Law of the European Economic Community:A Commentary on the E.E.C. Rules of the Competition (CCH editions Ltd, 1968) 22-3.

(٢) STM. V. Maschinenbau U/M Case, 56/65 (1966) ECR. 234, 249; C.M.L.R. 357, 375.

(٣) Lather Association Case, 347 U.S. 198.

على الأسعار في السوق أو كان يعمل على حرمان العملاء من منافع حرية المنافسة»[١].

وهذا يعني أن للتأثير الذي من شأنه إعاقة حرية وانسياب التجارة مقياساً كمياً، فليس ثمة مخالفة لأحكام المنافسة متى كان تأثير التقييد تافهاً على التجارة de Minimis، ويكون كذلك إذا لم يحدث التقييد تأثيراً على أسعار السلع أو الخدمات في السوق أو إذا كان مؤدى التقييد إعاقة التصدير أو الاستيراد من وإلى الولايات المتحدة أو أوروبا مع الدول الأجنبية[٢] بحسبان القانون لا يعنى بالتوافه Law does not Concern Itself With Trifles وإذا لم يكن التأثير جوهريا فلن يشكل إعاقة نحو تحقق أهداف قانون المنافسة ومنها - مثلا - تكوين السوق الأوروبية المشتركة[٣].

وتهدف الاتفاقية الأوروبية من هذا الشرط إلى توسيع نطاق الحظر المطبق

---

(١) - 301 U.S. 469 (1940).

- Lieberthal V. North Country Lanes Inc. 332. F. 2d. 269.

(٢) - U.S. V. ICI, 105 F. Supp. 215.

- Todhunter - Mitchell and Co. V. Anheuser - Busch Inc. 383 F. Supp. 586.

(٣) إذا كان العمل التجاري الذي قيدت فيه المنافسة بموجب الاتفاق المبرم بين التجار لا يتجاوز ١٠٪ من الحصة الإجمالية للعمل التجاري في السوق ـ فإن المحكمة ربما تقضي بتفاهة التقييد ـ وتعرض عن تطبيق أحكام المنافسة.

انظر

- Distillers V. Commission, Case 30/78 (1980) ECR. 2229.

وقد أعلنت مفوضية السوق الأوروبية المشتركة "Commission" بأنها لن تلاحق الاتفاقات التي تبرم بين الملتزمين الذين لا تتجاوز حصصهم السوقية مجتمعة ٥٪ في السوق الأوروبية من السلعة محل التقييد إذا كان رأسمالهم (التجار المتكتلون) لا يتجاوز ٢٠ مليون Ecus أي ما يعادل نحو ١٣٩ مليون جنيه إسترليني، على اعتبار أنه ليس من شأن هذا التقييد إحداث تأثير يعوق تكوين السوق الأوروبية الواحدة.

انظر

- Commission Notice of 3 September 1986 concerning Agreements of Minor Importance which Do Not Fall under Article 85(1), OJ. 1986, C 231/2.

على التعاون المعقود بين الملتزمين، ذلك أنه يتطلب تحقيق إحدى المخالفات أو الآثار الآتية:

١ ـ غرض الاتفاق تقييد المنافسة.

٢ ـ غرض الاتفاق تفادي المنافسة.

٣ ـ غرض الاتفاق تشويه المنافسة.

٤ ـ أثر الاتفاق تقييد المنافسة.

٥ ـ أثر الاتفاق تفادي المنافسة.

٦ ـ أثر الاتفاق تشويه المنافسة.

ولن نخوض الآن في تفسير هذه العبارات ونحيله إلى المبحث القادم. ونود على عجالة إبداء الرأي في ثلاث مسائل وهي:

أولا: يكفي لإدانة الاتفاق أن يكون غرضه أو أثره تقييد المنافسة أو تفاديها أو تشويهها في السوق، بمعنى أنه يتحقق الشرط إذا كان غرض الاتفاق تقييد المنافسة حتى وإن لم يحدث هذا الأثر بسبب سوء تنفيذ الاتفاق أو عجز التجار عن إحداث ذلك الأثر[١]. على اعتبار أن المشرع هنا يحاسب على نية الفعل. ومن جانب آخر يتحقق الشرط، إذا لم يكن غرض الاتفاق تقييد المنافسة لكنه أحدث هذا الأثر - وهنا يحاسب المشرع على النتيجة التي أحدثها الاتفاق نظراً لخطورتها.

ثانياً: يتعين على القضاء ايجاد تفسير متوازن معتدل لعبارة تقييد المنافسة أو تفاديها أو تشويهها لأن كل اتفاق من شأنه تقييد المنافسة - ومثله إذا أبرم عقد بيع فإن حصة من السلعة المبيعة قد جنبت وأخرجت من مجال المنافسة، فإذا أخذ

(١) - WEA - Filipacchi Case (1973) C.M.L.R., D. 43.

- Oberdorfer, Gleiss and Hirsch, Common Market Cartel Law, PP. 31-34.

بالتفسير الواسع كان ذلك بمثابة تقييد للمنافسة. لذا فإن التقييد أو التفادي للمنافسة هو الذي يعوق تحقيق أهداف المنافسة.

ثالثاً: عند عدم تنفيذ الاتفاق وفي حال عدم وضوح الغرض منه - يقوم القضاء بتوقع الأثر المحتمل من تطبيق الاتفاق على المنافسة وذلك باتباع وسائل التحليل الاقتصادي.

المبحث الرابع
رأينا بالموضوع وموقف المشرع الكويتي

تبين من استعراض أحكام القانون الأمريكي والأوروبي تأثر الأخير بالسياسة التي اتبعها المشرع الأمريكي للتصدى للأفعال المقيدة للمنافسة. ووجه هذا التأثر يتحصل في تشابه شروط تحقق المسئولية، وهي اتفاق أو تكتل أو تواطؤ أو سلوك مدبر يكون مقيدا للمنافسة عابرا حدود الدولة كما يلي:

أولاً: لا ينظر كل من القانونين إلى صفة القائم بالعمل المقيد للمنافسة، اللهم كونه شخصاً طبيعيا أو معنويا ويتمتع بالاستقلال - بل يركنان إلى طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص وهو عمل اقتصادي سواء تجاري أو مدني.

ثانياً: يركن كل من القانونين إلى الغرض أو الأثر الذي يحدثه الاتفاق، من تقييد للمنافسة، وليس إلى ضرورة توافر كليهما معا. وهذه سياسة تدفع إلى توسيع نطاق أحكام المنافسة.

ثالثاً: يتطلب كل من القانونين ضرورة عبور التأثير الذي يحدثه الفعل المقيد للمنافسة حدود الدول المنظمة لاتفاقية السوق الأوروبية أو حدود الولايات في أمريكا. وبالطبع يتلاشى هذا الشرط لو كان القانون وطنيا أو غير اتحادي. بيد أن صياغة المادة ٨٥ أكثر وضوحا وتفصيلا لأن المادة الأولى من قانون شيرمن صيغت بشكل مختصر في القرن الثامن عشر، ولعب القضاء دورا فعالا في بيان ملامحها وشروط تطبيقها. ومن زاوية أخرى استفادت الاتفاقية الأوروبية من أحكام المنافسة

في التشريع الأمريكي ووضعت في مستهل المادة ٨٥ شروط تطبيقها ثم عددت على سبيل المثال بعضاً من الأفعال التي من شأنها تقييد المنافسة أو تفاديها.

ولقد حاول المشروع الكويتي اقتفاء أثر المادة ٨٥ بحسبان أولا وضع الشروط العامة لانطباق التشريع ثم ثانيا حدد على سبيل المثال الأفعال التي من شأنها تقييد المنافسة. ويتطلب المشروع الكويتي حتى يعتبر الفعل مقيدا للمنافسة ما يلي:

أولاً: أن يقع عمل من تاجر بسوء نية بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية (ويشمل ذلك بالطبع الاتفاق مع تاجر آخر أو الامتناع عن القيام بعمل، مثلا، مقاطعة تاجر آخر).

ثانياً: أن يكون من شأن هذا العمل تقييد المنافسة أو تفاديها في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت.

وهكذا حصر المشروع تطبيق أحكامه على التجار بحسبانهم المتوقع صدور أفعال مقيدة للمنافسة منهم، ليس كمثل من يقوم بعمل تجاري عارض. وقد استلزم المشروع صدور الفعل من التاجر بسوء نية، أي بقصد تقييد المنافسة أو تفاديها لأن المشروع رصد عقوبة جنائية للتاجر المخالف. ولنا بعض الملاحظات على المشروع نوردها فيما يلي:

أولاً: المنافسة بين تجارتين متماثلتين أو متشابهتين:

فقد نصت المادة الأولى من قانون التجارة الكويتي على أنه «يسري على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية» إذ أنه وحتى تتحقق الحماية الكاملة للسوق ومن ثم للاقتصاد الوطني يتعين أن يتوسع في مضمون نطاق الأعمال التي تخضع لقانون المنافسة، وهذا هو ما سارت عليه التشريعات المقارنة قاطبة. فقانون المنافسة الأمريكي يسري على كل شخص سواء كان مؤسسة فردية أو شركة فيما تمارسه من أعمال اقتصادية (سواء عمل تجاري أو مدني). والقانون الأوروبي يسري على كل شخص طبيعي «Undertaking» أيضا فيما يمارسه من عمل

اقتصادي. وهذا هو دأب كل القوانين الوطنية للدول الأوروبية المنظمة للسوق الأوروبية بما فيها فرنسا، دون تطلب أن يقع الفعل المحظور بين تجارتين متماثلتين أو متشابهتين، لأنه بذلك نخرج الكثير من الأعمال المحظورة من دائرة الحظر.

فقد تتقيد المنافسة في السوق دون أن يقع العمل المحظور بين تجارتين متشابهتين أو متماثلتين وذلك، مثلا، عندما تندمج أو تسيطر شركة لبيع المنسوجات القطنية مع شركة تتعامل بالمواد الأولية، وبذا تستحوذ الشركة الدامجة على المواد الأولية دون غيرها. وإذا اقتصر التاجر في بيع سلعته لأحد التجار دون غيره بغية مقاطعة باقي التجار ولم يكن لهذه السلعة سلع أخرى مشابهة أو مماثلة.

وقد ذهب في فرنسا إلى أنه لا يشترط لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة تماثل أو تشابه تجارة المدعي مع المدعى عليه. وذلك عندما يحظى المدعى بشهرة ذائعة تجذب العملاء لاسمه التجاري أو لعلامته التجارية، وقام المدعى عليه باستخدام ذات الاسم أو العلامة في تجارته المختلفة مستغلا اعتقاد العملاء بتعلق هذه التجارة بالمدعي صاحب الاسم أو العلامة[١].

وقد نصت المادة ٨ من قانون المنافسة الفرنسي على اعتبار رفض التاجر المنتج التعامل مع تاجر آخر عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة، إذا كان الأخير معتمدا في تجارته على الأول[٢].

إن أحكام المزاحمة غير المشروعة التي تضمنتها المواد من ٥٥-٦٠ من قانون التجارة، لا تفترض أن يقع الفعل المحظور بين تجارتين متماثلتين أو متشابهتين (انظر نص المادتين ٥٩-٦٠) بل على النقيض تتطلب في مجملها أن يقع الفعل المحظور من تاجر على آخر (انظر بوجه خاص نصوص المواد ٥٦-٥٧-٥٩). وعلى العموم عندما ذهب جانب من الفقه العربي إلى تطلب وقوع المنافسة بين

(١) حسني المصري «القانون التجاري الكويتي» مؤسسة دار الكتب، ٩٢-٩٣، ص ٣٠٩ .

(٢) Competition and Antitrust Law, Corporate Finance, Jan. 1992, p.23.

تجارتين متماثلتين أو متشابهتين، فإن مصدر ذلك هو بعض الفقه الفرنسي الذي كان سائدا قبل صدور القانون الجديد عام ١٩٨٦.

ولو سايرنا هذا التوجه فما هو معنى التجارتين المتماثلتين أو المتشابهتين، فهل تعني التماثل التام للعمل التجاري الذي يزاوله التاجران، مثلا، كلاهما يعمل في تجارة الأثاث فحسب، بحيث إذا زاد أي منهما على الآخر في محله التجاري - مثلا تجارة السجاد - كانت التجارتان غير متشابهتين وإنما متشابهتان[1]. أم أن التماثل يكون بين السلع الأصلية التي يتعامل بها التاجران والتشابه هو الذي يقع بين تلك السلع الأصلية التي يتعامل بها التاجران والسلع المشابهة لها، أي التي تقوم مقامها حال عدم توافرها أو ارتفاع سعرها، إذ تدخل كلتا السلعتين في ذات السوق Relevent Market وهي مسألة تقديرية للقاضي.

نخلص من ذلك إلى عدم ملاءمة النص لاشتراط وقوع المنافسة بين تجارتين متماثلتين أو متشابهتين. ولما كان قانون التجارة الكويتي قد نص في مادته الأولى على سريانه على التجار وعلى الأعمال التجارية، فيستوي النص على وقوع الفعل المحظور من تاجر أو ممن يزاول عملا تجاريا، لأنه يندر وقوع أعمال المنافسة غير المشروعة ممن يزاول أعمالا تجارية عارضة، إذ تتطلب تاجراً متمرساً صاحب خبرة طويلة.

ثانياً: وقوع العمل بسوء نية:

ولقد تضمنت المادة ٦٠ مكررا شرطا يقضي بضرورة أن يقع عمل المنافسة غير المشروعة من تاجر بسوء نية، والمقصود بذلك هو قصد تقييد المنافسة أو تفاديها كمبدأ يتعين أن يسود في السوق، وهو ما يعبر عنه في التشريعات المقارنة بأن يكون غرض التصرف تقييد المنافسة أو تفاديها «وهذا الشرط ضروري لأن قانون المنافسة

(١) حسني المصري، المرجع السابق، ص ٣٠٨ .

يعتبر من القوانين التجارية ذات الصبغة الجنائية»[1]. ولما كان المشروع يضع عقوبة جنائية لقاء عمل المنافسة غير المشروعة، فإنه يلزم والحال كذلك أن يتوافر في المخالفة القصد الجنائي، أي قصد ارتكاب الفعل المحظور وتحقيق النتيجة. وقد ورد هذا الشرط صريحا لأنه خلاف للأصل العام في المسئولية التقصيرية التي لا تتطلب ارتكاب الخطأ عن قصد. وتطلب سوء النية في المخالفات التجارية، أمر سارت عليه بعض المواد الواردة في قانون التجارة مثلا المواد ٨٧-٩٢ وكذا المادة ٢٣٧ من قانون الجزاء بشأن جريمة إصدار شيك بدون رصيد.

وتنص المادة ٤٠ من قانون الجزاء على أنه «إذا لم ينص القانون صراحة بالعقاب على الفعل بمجرد اقترافه بالخطأ غير العمدي، فلا عقاب عليه إلا إذا توافر القصد الجنائي لدى مرتكبه».

ثالثا: معيار المنافسة غير المشروعة:

لما كانت أحكام المزاحمة غير المشروعة التي نص عليها قانون التجارة قد خلت من معيار يبين معالمها، وقد وردت أحكامها على سبيل الحصر، فقد قسم معيار المنافسة غير المشروعة في المادة ٦٠ مكررا إلى شطرين، الأول خاص بالعمل الذي يقوم به التاجر ضد آخر والشطر الثاني التصرف الذي تقوم به عصبة من التجار إضراراً بالمنافسة. ومن ثم أخذت المادة في إيراد حالات على سبيل المثال يعتبرها المشروع ضمن هذه الطائفة من الأعمال، لأن هذه التطبيقات تكون معروفة للمشرع وقت إصدار القانون. والحكمة من ذلك تكمن في تجنيب الفقه

(١) The U.S.A. Sherman Act-26 stat. 209 (1890) Codified as amanded, 15 U.S.A ss 1-2 (1987) Art. 1-2.

- The German Act Against Restraints of Competition of July 27-1957. Last amended on Oct. 27, 1987 part 2 Art. 38-39.

- The French Ordinance No. 86-1243 on Freedom of Prices and Competition of December, 1, 1986, Arts 7-8.

والقضاء مغبة الخلاف الذي لا مفر من وقوعه حول مدى انطباق المعيار على هذه الحالات من عدمه، في حال عدم ذكرها.

أما القول إنه ليس من حسن السياسة التشريعية تناول التعريفات أو المعايير فهذا قول غير دقيق على الإطلاق لأن قانون التجارة يزخر بالمواد التي تتناول التعريفات، فعلى سبيل المثال نصوص المواد ٦١ - ٦٨ - ١٦١ - ١٩٧ - ٢٣٨ - ٢٧١ - ٢٨٧ - ٣٠٦ - ٣٢٩ - ٣٦٢ - ٣٦٧ - ٣٨٢.

ولعله من الملائم القول إن المنهج الذي اتبعته المادة ٦٠ مكررا من إيراد معيار عمل المنافسة غير المشروعة هو ذات المنهج الذي اتبعه المشرع في قانون التجارة رقم ٦٨/ ٨٠ في المادة ٣ حيث أوردت هذه المادة معيار العمل التجاري ثم أوردت المواد ٤-٦-٧ أمثلة وتطبيقات على أعمال تعتبر تجارية، حتى يحسم المشرع تجارية هذه الأعمال، ولا يترك مجالاً للخلاف حولها. فإذا تفتق واقع العمل عن أعمال جديدة ليست معروفة لدى المشرع وقت صدور القانون كانت تجارية في حال انطباق المعيار عليها. وهو ذات المنهج الذي أخذ به المشرع المدني في المادة ٣٠ حول معيار التعسف باستعمال الحق وبعض حالات التعسف.

انطباق المشروع على الجمعيات التعاونية:

تنص المادة ٦٠ مكررا هـ على أنه «تعتبر تاجرا في أحكام هذا القانون الجمعيات التعاونية». وتكمن مبررات هذا النص فيما يلي:

أ- انطباق قانون التجارة على الجمعيات التعاونية:

لا مراء في أن الجمعيات التعاونية الاستهلاكية في الكويت تزاول أعمالاً تجارية لأنها تشتري السلع من أجل بيعها بقصد تحقيق الربح، وقد نص قانون التجارة في المادة الثالثة على أن الأعمال التجارية هي تلك التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة ولو كان غير تاجر. وقد تقدم أن القانون التجاري تسري أحكامه على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها الشخص ولو كان غير تاجر. وقد نصت المادة ١/١٦ على أن المعاملات التجارية التي تقوم بها الجمعيات تخضع لأحكام قانون التجارة.

ومن جانب آخر تتمتع الجمعيات التعاونية الاستهلاكية باحتكار سوق شراء السلع الاستهلاكية Monoposony وتقوم في بعض الأحيان بأعمال استيراد السلع من أجل بيعها منافسة في ذلك التجار.

ب - العبرة بالواقع:

على الرغم من أن المادة ١/١٦ من قانون التجارة لا تكسب الجمعيات صفة التاجر إلا أنه كما قيل بحق العبرة بالواقع، ذلك أن الجمعيات التعاونية الاستهلاكية تسعى إلى تحقيق الربح وليس أدل على ذلك من بيعها للسلع لأعضائها وغير أعضائها بذات السعر دون تمييز، سواء كان قاطنا ذات المنطقة أو كان المشتري من خارجها، ذلك أن قانون التجارة ولئن خلع عن الجمعيات صفة التاجر إلا أن ذلك رهن احتفاظها بخصائصها. وقد قالت المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الملغى في معرض تعليقها لشروط اكتساب صفة التاجر (ليس ثمة اختلاف بينها وبين قانون التجارة الحالي) «إن جمعيات التعاون تكسب صفة التاجر إذا اتخذت شكل الشركة المساهمة» (المعيار الشكلي لإكساب صفة التاجر) لذا يكون صحيحا إكسابها صفة التاجر إذا قامت بالعمل التجاري وأخذت تنافس التجار كما لو كانت شركة (المعيار الموضوعي).

ج- اعتبار الجمعيات التعاونية تاجرة في تطبيق أحكام مشروع قانون المنافسة:

نص المشروع في المادة المذكورة على أنه تعتبر تاجراً في أحكام هذا القانون الجمعيات التعاونية، إذ أنه ليس المقصود ألبتة من النص تعديل وصف الجمعية أو مركزها القانوني على العموم وخلع صفة التاجر عليها، بما حاصله خضوعها لالتزامات التجار ومن ثم تعرضها لنظام الإفلاس، بل المقصود من هذا النص هو منعها من القيام بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة أو إساءة استغلال مركزها الاحتكاري عند تعاملها مع باقي التجار، أي إخضاعها لأحكام هذا المشروع بصفة خاصة، لذا جاء النص متضمنا عبارة تعتبر تاجرا في أحكام هذا القانون. ولعل النص في المادة ٦٠ مكررا على أنه يسري القانون على من يزاول عملا تجاريا (المنهج الواسع) يغني عن النص صراحة على خضوع الجمعيات التعاونية لأحكام المشروع.

الفصل الثاني
المبادىء القانونية السارية في تحليل النصوص القانونية والدعاوى المتعلقة بالتقييد الأفقي

مقدمة :

نص المشرع في المادة الأولى من قانون شيرمن على حظر أي عقد أو تكتل أو تواطؤ بقصد تقييد التجارة. وإذا ما عولنا على عموم النص ومطلق فحواه نصل إلى نتيجة، حتماً، لا تكون مقبولة، قوامها أن كل عمل تجاري يقوم به التاجر من شأنه تقييد التجارة بشكل أو بآخر. لذا فقد ذهب القضاء في تفسيره للمادة إلى أن المحظور هو التعاقد أو الأفعال التي تقيد التجارة بشكل غير معقول (unreasonably)[1].

وعلى الرغم من أن القضاء قد لجأ إلى مصطلح المعقولية المعروف في فقه الشريعة العامة إلا أن هذا المصطلح يعوزه الإعمال الملائم عند تطبيقه على نص

---

(١) - Standard Oil V. U.S, 221, U.S. 1 (1911).

- U.S. V. American Tobacco, 221, U.S. 100 (1-11).

وهذا التفسير الممنوح لنص المادة الأولى مستلهم من أحكام الشريعة العامة "Common Law" وعلى الأخص قول القاضي بيكهام (Justice Peckham) في دعوى :

U.S. V. Trans-Missouri: Freight Association. 166 U.S. 290 (1897).

ورأى القاضي (Taft) تافت في دعوى

U.S. V. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (614 Cir. 1898).

انظر

- Bork: "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price fixing and Market Division (1) 74 Yale L.J. 775, 781-86.

المادة الأولى. بتعبير آخر متى يكون التقييد معقولاً في عرف المادة الأولى من قانون شيرمن؟.

لقد حاول القضاء أن يضع معياراً يسترشد به للتعرف على معقولية التقييد، إذ قالت المحكمة في دعوى Standerd oil بأنه يتعرف على التقييد غير المعقول من طبيعة أو صفة العقد أو الفعل، أو إذا كان من شأن الفعل الإضرار بالمصلحة العامة.

وعلى العموم فإن المطالعة المتفحصة لهذا الحكم تشير إلى أنه يعتبر التقييد غير معقول بالنظر إلى غرض الفعل أو الأثر الذي يحدثه في السوق، وآية ذلك ما قضى به في دعوى American tabacco إذ أفادت المحكمة بأن مخالفة المادة الأولى تحدث إذا كان غرض الفعل أو أثره غير مشروع[1].

وترتيباً على ذلك فإن الإخلال بنص المادة الأولى من قانون شيرمن أو المادة ١/٨٥ من الاتفاقية الأوروبية يحدث عند تقييد المنافسة بشكل غير معقول. ويستعان في تحديد معقولية التقييد بضابطين:

أولهما: مدى كون الفعل مناهضاً للمنافسة أي مقيداً للتجارة بالنظر إلى غرضه.

ثانيهما: مدى كون الفعل مناهضاً للمنافسة بالنظر إلى أثره.

بيد أن توالي تطبيق المادة الأولى وتحليل أغراض وآثار الأفعال التي يزاولها التجار نتجت عنه طائفة من الأفعال بينة التقييد للمنافسة. وليس ثمة حاجة للقضاء لتحليل غرض هذه الأفعال أو أثرها على التجارة.

فهي ليست بحاجة إلى إمعان نظر لكونها مقيدة للمنافسة بشكل غير

---

(١) - 221 U.S. at 179.

معقول[1]. وعليه يخضع تحليل مدى معقولية تقييد الفعل للمنافسة بموجب نص المادة الأولى من قانون شيرمن إلى قاعدتين:

الأولى: تحليل غرض الفعل (العقد أو التكتل أو التواطؤ أو السلوك المدبر) أو أثره على المنافسة، وتنطبق هذه القاعدة على المادة ٨٥/ ١ من الاتفاقية الأوروبية. وقد اصطلح على تسميتها Rule of Reason «قاعدة السبب».

الثانية: الالتفات عن ذلك التحليل والاكتفاء بتكييف الفعل فقط ثم حظره لأنه غير معقول تلقائيا. وقد اصطلح على تسميتها Perse rule «قاعدة الحظر المطلق».

ومن الحري التنويه بأن الاتفاقية الأوروبية E E C قد استعانت بفكرة الغرض والأثر (Object or effect). بموجب المادة ٨٥، التي ابتدعها القضاء الأمريكي بغية إكمال صياغة المادة الأولى من قانون شيرمن. بيد أنه قد يختلف تطبيق قاعدة السبب في كل من القانونين تأسيساً على اختلاف الأهداف التي يرمي كل تشريع إلى تحقيقها[2].

---

(١) - U.S. V. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

وقد قال القاضي Bork إن بذور فكرة عدم الولوج في غرض الفعل وأثره والحكم بتقييده للتجارة موجود في Trans-Missouri Freight – المشار إليها أعلاه.

Bork: "The Rule of Reason and the Per se Concept: P. 781-96.

انظر كذلك:

Northern Pacific Railway V. U.S. 356 U.S.1 (1958).

(٢) على الرغم من استعمال المشرع الأوروبي في المادة ٨٥/ ١ مصطلح غرض الاتفاق أو أثره كما هو الشأن في قاعدة السبب – Rule of Reason واتجاه طائفة من الأحكام الصادرة من محكمة العدل الأوروبية للأخذ بطريقة تحليل قاعدة السبب مثل دعوى

- La Technique Miniere V. Moschinenbau U/m GMBH, Case 56/65 (1966) ECR. 235.

- Consten and Grundig V. commission, Case 56 & 58/64 (1966) ECR. 299.

- Mecaniver-PPG (1985) O.J. L35/54.

وقبول بعض الفقه بهذا الاتجاه مثل:

= - Valentine Korah, "The Rise and Fall of Provisional Validity the Need for a Rule of Reason in

المبحث الأول
قاعدة السبب

تقدم القول إن قاعدة السبب تنقسم إلى شطرين مستقلين عن بعضهما البعض بمعنى أنه يكفي إثبات توافر أحدهما لتحقق الإدانة بموجب نص المادة الأولى من قانون شيرمن، والمادة ٨٥ من الاتفاقية الأوروبية - فإذا ثبت أن غرض الفعل تقييد المنافسة أو كان أثره كذلك فإن القضاء مخول بالاستناد إلى أحد الشطرين لإصدار حكم الإدانة. ومن المجرى الطبيعي للأمور - أن القضاء غالباً - ما يركن إلى إثبات الغرض أولاً، فإذا حصل على نتيجة إيجابية حكم بالإدانة - وإلا يتعين عليه أن يذهب إلى تحليل أثر الفعل من حيث تقييد المنافسة.

ونتناول فيما يلي أولاً بحث غرض الفعل ثم ثانياً بحث أثره.

= EEC Antitrust", Northwestern Journal of International Law and Business (1981), 320.

- Neale and Goyder: "The Antitrust Laws of the U.S.A.", 3rd ed., 1982.

- Scheckter, "The Rule of Reason in European Competition Law", (1982) 2 L.I.E.I.I.

إلا أن بعض الفقه يذهب إلى ضرورة الابتعاد عن قاعدة السبب في تحليل الدعاوى التي يطبق عليها نص المادة ٨٥ من الاتفاقية وذلك تجنباً لغموض قاعدة السبب واختلاف البيئة الأوروبية عن البيئة الأمريكية.

انظر:

- Whish & Sufrin: "Article 85 and the Rule of Reason", 7 Yearbook of European Law, PP. 1-38, 1987.

- Rene Joliet, "The Rule of Reason in Antitrust Law", Martinus Nijhoff 1967).

ويلاحظ من ناحية أخرى استناد مفوضية السوق الأوروبية في بعض الأحيان الى مبدأ Ancillary Restraints الذي قال به القاضي بورك أبرز مشيعي مدرسة شيكاغو الأمريكية. انظر.

- C. S. Kerse, "EEC Antitrust Procedure", 2nd Ed., European Law Centre Ltd., London, 1988, P.9-10.

أولاً: قاعدة السبب:

١ - الغرض:

إذا كان غرض الفعل الذي قام به التجار تقييد المنافسة بدرجة غير معقولة - قرر القاضي مخالفة نص المادة الأولى من قانون شيرمن أو المادة ٨٥ من الاتفاقية بغض النظر عما إذا قام التجار بتنفيذ الاتفاق من عدمه[١]، أو نفذ لكنه لم يأت بالنتيجة المتوقعة[٢]، أو إذا كان جلياً عدم مقدرة أطراف الاتفاق على التنفيذ[٣] بحسبان المشرع هنا يعول على الغرض من الاتفاق أي النية التي كانت حاضرة وقت إبرامه والرامية إلى تقييد التجارة بشكل غير معقول وعلى اعتبار أن هذه المخالفة تنطوي على فعل جنائي معاقب عليه، بما حاصله ضرورة توافر القصد الجنائي، وكأن المشرع هنا يماثل بين إبرام الاتفاق الذي لم ينفذ بغية تقييد التجارة وبين الشروع في ارتكاب جريمة.

ومن ثم ليس ثمة مخالفة لو أن نية التجار اتجهت يوماً إلى إبرام اتفاق تقييد التجارة بحسبان لا جريمة على عقد النية فحسب دون القيام بإجراءات فعلية، تأسيساً على القاعدة القانونية اليونانية التي تقول:

«Actus Unon Facit Reum Nisi Mens Sit Rea»

وترجمتها في اللغة الإنجليزية[٤]:

«The intent and the act must both Concur to constitute the crime».

مع ملاحظة أنه يعاقب على القصد ولو لم يتحقق المقصود، عند الشروع في تنفيذ القصد. ويثور التساؤل ونحن في هذا المقام حول الغرض الذي يمكن اعتباره

---

(١) - United States V. Scocony - Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 224, (1940).

(٢) - U.S. V. Griffith, 334 U.S.100, 105 (1948).

(٣) - U.S. V. Central States Corp. 187 F. Supp. 114 147, (D. Neb. 1960).

(٤) - Broom's Legal Maxims, 10th ed., Pakistan Law House, P.207-218.

مقيداً للمنافسة بدرجة غير معقولة، أو بتعبير آخر ما هو الغرض المحظور بموجب نص المادة الأولى من قانون شيرمن ونص المادة ٨٥ من الاتفاقية الأوروبية (E E C) ؟ ويتعين أن نسترجع ما قالته المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في دعوى Standard oil بأنه إما أن ينظر إلى طبيعة العمل أو صفته أو إلى مخالفته للمصلحة العامة[١]. وهذا يفيد أن الغرض إما أن يكون خاصاً (طبيعة العمل) أو عاماً (مضراً بالمصلحة العامة).

ولذا يكون الغرض الذي يبتغيه التجار من إبرام التصرف مخالفاً لنص المادة الأولى من قانون شيرمن أو المادة ٨٥ من الاتفاقية الأوروبية إذا كان مناهضاً للأهداف التي يرمي المشرع إلى تحقيقها من إصدار قانون المنافسة المشار إليها أعلاه، مثلاً، تركيز القوى المتحكمة في السوق أو خفض الإنتاج وزيادة الأسعار أو إعاقة تكوين السوق الواحدة. ويغدو الغرض هنا خاصاً بطبيعة العمل. وقد يكون الغرض من إبرام التصرف مناهضاً للمصلحة العامة - مثلا - حماية الصحة العامة أو مناهضة التمييز العنصري[٢]. ويؤدي تحليل الغرض من التصرف إلى العديد من الإشكالات نجملها فيما يلي:

أولا:

من المتوقع وجود غرضين للفعل، غرض حقيقي، وغرض وهمي ظاهر، وفي هذا الصدد يتعين التعويل على الغرض الحقيقي على اعتبار أن الغرض الظاهر بمثابة غطاء لإضفاء الشرعية على الفعل. ففي دعوى Standard Oil بدا واضحاً من التكتيكات التي كان يمارسها المدعى عليه أنه راغباً في احتكار صناعة النفط والذي

---

(١) - 221 U.S. 1 (1911).

(٢) - American Brands Inc. V. National Association of Broadcasters, 308, F. Supp. 1166 (D.D.C. 1969).

رفض العديد من الشركات بشكل جماعي بث دعاية لسجائر تحتوي على نسبة عالية من النيكوتين حماية للمصلحة العامة.

توصلت إليه المحكمة من استعراض الوقائع. ولم يكن ألبتة الغرض الظاهر الذي يبدو لأول وهلة، بحسبان أن المحكمة ركنت إلى القصد الحقيقي من إبرام العمل والذي تؤيده الوقائع الماثلة. وعلى العموم فإن عبء الإثبات ينتقل في هذه الحالة إلى المدعى عليه لدحض قرينة وجود غرض خفي للعمل والتمسك بالغرض الظاهر. تأسيساً بالقاعدة القانونية القائلة:

Every Presumption made Against awrongdoer.

وبالمثل دعوى Addyston pipe[1] فقد كان المدعى عليهم متفقين على نظام للتلاعب بالمناقصات بغية رفع الأسعار، لكنهم دفعوا بأن الغرض من الاتفاق هو التخلص من المنافسة الضارة. وهنا يعول على القصد الحقيقي وهو رفع الأسعار، إذ أن العبرة في تفسير الاتفاقات تكون لما نواه الأطراف لا لما تؤديه الكلمات المستعملة.

ثانياً:

ويحصل الإشكال الثاني في أن الفعل (الاتفاق) يتضمن غرضا أساسياً مشروعاً ولكن يقود إلى تقييد التجارة بشكل ثانوي، وهذا التقييد يكون ضرورياً لحماية الاتفاق. والقاعدة هنا أنه إذا تضمن الاتفاق غرضاً أساسياً مشروعا فإن أحكامه المقيدة للمنافسة تكون باطلة إذا كانت زائدة عن القدر الضروري لحماية الغرض المشروع[2].

ومؤدى ذلك أنه إذا لم يكن غرض الاتفاق سوى تقييد التجارة كان الغرض غير مشروع وتعين بطلانه وإدانة المدعى عليهم. وبمفهوم المخالفة إذا كان الغرض الأساسي للاتفاق غير مشروع ولكنه تضمن أحكاماً أدت إلى بث المنافسة وتحقيق مصلحة عامة بصفة ثانوية كان الاتفاق باطلاً وتعين الإدانة، على اعتبار أن العبرة

(١) - U.S. V. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th cir. 1898), Affd 175 U.S. 211 (1899).

(٢) انظر قول القاضي Taft في دعوى Addyston Pipe

بحكم الغالب. بيد أن الإشكال يدق إذا كان غرض الاتفاق الأساسي مشروعاً، ولكنه أفضى إلى تقييد المنافسة بدرجة تساوي الحاجة إلى حماية الغرض المشروع.

ونرى أنه بالإمكان القول بصحة الفعل طالما أن التقييد لم يزد عن حاجة حماية الغرض المشروع، ومثال ذلك إذا قام تجار الجملة للسلعة الأصلية بمقاطعة تجار التجزئة الذين يشترون سلعاً مقلدة لسلعهم الأصلية - وكان التقييد بدرجة مساوية وكافية لحماية الغرض المشروع، ولكنهم إذا قاطعوا كل تاجر يبيع سلعاً مقلدة كان التقييد زائداً عن حاجة حماية الغرض المشروع.

ثالثاً:

من الممكن للفعل كما تقدم أن يتضمن أكثر من غرض، بمعنى أن يسعى التاجر إلى تحقيق عدة أهداف من إبرامه للتصرف والدخول في اتفاق متعدد الأطراف. وقد يكون بعضها مشروعاً والآخر غير مشروع - والسؤال الذي يثور: ما معيار تمييز الغرض الأساسي عن الغرض الثانوي للفعل؟ وإذا أمكن استخراج الغرض الأساسي من الاتفاق، فهل يكون ذلك واحداً لدى كل أطراف الاتفاق؟ في الحقيقة لم نطلع على رأي في الفقه يتصدى إلى هذا الإشكال[1]، بيد أننا نرى أن الأمر يتعلق بثلاثة عناصر:

أولها: القصد الحقيقي لكل تاجر من إبرام التصرف.

ثانيها: الحالة الاقتصادية العامة التي تجتاح السوق والتي تحفز كل تاجر على حدة للقيام بإجراء معين حماية لمصالحه.

ثالثها: السلطة التقديرية للقاضي.

---

(١) - Richard S. Wirtz, "Purpose and Effect in Sherman Act Conspiracies", 57 (1), Washington Law Review, 1981, PP. 1-53. at 15.

ثانيا: قاعدة السبب:

٢ - الأثر:

لم يتطلب قانون شيرمن ولا الاتفاقية الأوروبية (E E C) ضرورة توافر كل من غرض وأثر غير مشروعين - بل اكتفى كل منهما بأي واحد منهما لإبطال التصرف، وتحقق الإدانة.

ومن ثم إذا تبين للقضاء أن أثر الفعل كان مناهضاً للمنافسة بدرجة غير معقولة تعين الإدانة دون النظر إلى غرض ذلك الفعل(١).

والمعيار الذي يستخدم من أجل التعرف على الأثر الذي نتج عن الفعل، كونه مناهضاً أو مقيداً للمنافسة هو ذلك الذي أرساه القاضي براندز Brandeis في دعوى Chicago Board of Trade V.U.S(٢). ويقول القاضي في حكمه:

«كل اتفاق أو قواعد متعلقة بالتجارة من شأنها التقييد. من أجل أن تقيد أو تلزم - ذلك هو جوهرها. على أن ضابط المشروعية هو ما إذا كان التقييد من أجل تنظيم أو تنمية المنافسة أو كان من أجل كبت أو إنهاء المنافسة. من أجل الإجابة عن هذا السؤال يتعين على المحكمة النظر إلى طبيعة العمل التجاري الذي طبق عليه التقييد والنظر إلى طبيعة التقييد والآثار التي يحدثها سواء كانت الفعلية أو

---

(١) - United States V. Griffith, 334 U.S. 100. 105 (1948).

- Neale and Goyder "The Antitrust Laws of the U.S.A." 3rd ed., Cambridge University Press, 1982, PP. 23-30.

- Times - Picayune Publishing co. V. U.S., 345 U.S. 594 (1953).

- U.S. V. Container Corp., 393 U.S. 333 (1969).

(٢) - 246 U.S. 231 (1918).

وهذا المعيار على ما يبدو منحدر من المباديء التي كانت سارية قبل إصدار قانون شيرمن والمتمثلة في مباديء الشريعة العامة (Common Law) انظر:

- Richard S. Wirtz, "Purpose and Effect in the Sherman Act Conspiracies, P. 17-20.

المحتملة، وتاريخ التقييد والأثر الضار الناتج، وسبب تطبيق هذا التقييد... وكل المسائل المتعلقة».

وعلى الرغم من عدم أهمية الغرض الذي من أجله أبرم التصرف، طالما كان الأثر المتحصل منه كبت أو إنهاء المنافسة أي تقييد التجارة، إلا أن تتبع أو إثبات الغرض من شأنه إعانة المحكمة في التعرف على الأثر المحتمل من التصرف، تطبيقاً للقاعدة القانونية القائلة:

«Acts indicate the intention»[١].

ففي دعوى U.S.V. container corp. [٢] قررت المحكمة العليا إبطال الاتفاق القائم بين تجار النقل بالحاويات والذي يقضي بتبادل المعلومات الخاصة بالأسعار السارية بينهم، لأن من شأن ذلك تقييد منافسة الأسعار ومن ثم تحديدها بينهم دون أن تنظر المحكمة إلى مشروعية الغرض من الاتفاق.

ومن المتوقع أن يفضي الاتفاق إلى العديد من الآثار المتنازعة أي آثار مناهضة وآثار داعمة للمنافسة. ويمكن تطبيق القواعد الآتية على هذه الاتفاقات:

أولا: يعتبر الاتفاق باطلًا ويتعين الإدانة إذا لم يفض الاتفاق إلا إلى آثار مناهضة للمنافسة تطبيقاً لنص المادة الأولى من قانون شيرمن ونص المادة ٨٥ من الاتفاقية الأوروبية.

ثانياً: إذا أدى الاتفاق إلى آثار ضارة وآثار نافعة للمنافسة في آن واحد يكون الاتفاق باطلًا إذا كانت الآثار الضارة هي الغالبة، ما لم يتبع الأطراف وسيلة تؤدي إلى التخفيف من الآثار الضارة أو تفاديها[٣].

---

(١) - Broom's Legal Maxims, PP. 200-204.

(٢) - 393, U.S. (1969).

(٣) - Richard S. Wirtz, Purpose and Effect in the Sherman Act Conspiracies, P.25.

ثالثاً: إذا تضمن الاتفاق آثاراً متنازعة أي آثار ضارة وآثار نافعة للمنافسة يغدو الاتفاق باطلاً إذا كان بإمكان الأطراف اتباع وسيلة أخرى أقل تقييداً للمنافسة «Less Restrictive Alternative.»[1] ففي دعوى Arizona V. Maricopa County medical Society[2] اتفق مجموعة من الأطباء على تحديد قدر المقابل بحده الأقصى الذي يستأدى من المرضى لقاء العلاج وذلك بغية إعانة شركات التأمين على تحديد أسعارها على أسس موضوعية وأرقام واقعية. بيد أن القضاء قضى ببطلان الاتفاق والإدانة لأن أثر هذا الاتفاق تفادي المنافسة بين أطرافه. وأما الأثر النافع له المتمثل في إعانة شركات التأمين على وضع أسس مقابل التأمين فإنه يمكن تحقيقه بوسائل أخرى، مثلا، إجراء الدراسات الواقعية والعملية حول أسعار الأطباء.

وأياً ما كان الأمر - نرى أنه عند دفع المدعى عليهم بحصول نفع على المنافسة من جراء الفعل الذي قاموا به يستدعي - عند عدم وضوح الغرض منه - من المحكمة القيام بطريقة التحليل الآتية، وذلك ملاءمة مع المنهج الذي اتبع في دعوى NCAA V. Board of Regents[3].

والمستندة على قاعدة السبب.

أولاً: على المحكمة التأكد من أن التقييد الذي نتج عن الفعل يؤدي، مثلاً إلى رفع الأسعار والتقليل من الإنتاج. وأن المدعى عليهم لديهم قوة اقتصادية في السوق «Market Power» قادرة على تحقيق ذلك.

ثانياً: إذا كانت الإجابة بالإيجاب تعين على المحكمة الانتقال إلى الخطوة التالية، وهي مدى حصول فائدة على المنافسة في السوق، فإذا كانت ضئيلة أو غير

---

(١) - John R. Allison, "Ambiguous Price Fixing and the Sherman Act", P.770.
Lawrence A. Sullivan, "The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints", 75, Cali. L.R. 835-931, at 338 and 843.

(٢) - 457 U.S. 332 (1982).

(٣) - 468 U.S. 85 (1984).

واضحة، تعين الإدانة[١]. وحتى لو أمكن إثبات حصول فائدة للمنافسة فإن العمل يظل باطلاً كما تقدم، في حال وجود وسيلة أخرى أقل تقييداً للمنافسة.

ثالثاً: إذا لم يكن بالإمكان اتباع وسيلة أخرى أقل تقييداً للمنافسة، من قبل أطراف الاتفاق - فعلى المحكمة تحليل مدى توافر قوة اقتصادية للمدعى عليهم بالسوق والآثار الضارة والنافعة للفعل - فإذا تبين عدم توافر قوة اقتصادية للمدعى عليه - كان الاتفاق غير ذي أثر لعدم إمكان فرضه بشكل فعال بحسبان أن القانون لا يعنى بالتوافه «The Law does not concern it self with trifles». فإذا تبين وجود تلك القوة وعدم وجود فائدة للمنافسة تعين الإدانة[٢].

رابعاً: إذا كانت هناك فائدة للمنافسة من جراء الفعل وكان لدى المدعى عليهم قوة اقتصادية بالسوق فإن الحل الذي نؤيده هو الذي أخذت به المادة ٨٥/ ٢ من الاتفاقية الأوروبية EEC وهو استثناء الفعل أو الاتفاق إذا كان من شأنه:

- تطوير الإنتاج أو التوزيع للبضائع أو الخدمات.
- تحقيق التطور التكنولوجي أو النماء الاقتصادي.

على أن يحصل العملاء على حصة عادلة من الفائدة المتحصلة، بشرط عدم إخضاع أطراف الاتفاق إلى تقييد ليس له صلة بتحقيق تلك الأهداف أو إعطاء أطراف الاتفاق فرصة تفادي المنافسة في سوق تلك البضائع أو الخدمات[٣].

---

(١) - J.F. Broadley, "What is Efficiency and Technological Progress of the Sort that Antitrust should Foster and How should Antitrust Measure and Promote it? (Papers delivered at the Airlies House Conference, The Antitrust Alternative, March 28, 1987.

مشار إليه لدى

Lawrence A. Sullivan "The viability of the current law on Horizontal restraints, note No. 46.

(٢) - Broom's Legal Maxims, 10th ed., P. 88-90.

(٣) - Sweet & Maxwell's European Community Treaties, 4th ed., edited by K.R. Simmonds, London, 1980, P.90.

ومن جانب آخر يمكن اتباع سياسة تغليب الأثر الأساسي للفعل على الأثر الثانوي سواء كان الأثر الأساسي ضاراً أو نافعاً للمنافسة[١].

المبحث الثاني
قاعدة الحظر المطلق Perse

قاعدة الحظر المطلق، من الناحية المنطقية لاحقة في نشوئها على قاعدة السبب. ذلك أن القضاء وبعد تطبيق قاعدة السبب ردحاً من الزمن تبين له عدم ضرورة تحليل وتمحيص بعض الأفعال أو الاتفاقات لكونها بينة الضرر، ووجه مناهضتها للمنافسة ليس بحاجة إلى إثبات، لأنها تقيد المنافسة بدرجة غير معقولة.

ومن ثم فإن القضاء ليس بحاجة إلى تحديد نوع الضرر الذي ينجم من إعمال الاتفاق أو الفعل أو مبرراته، كل ما هنالك هو تكييف الوقائع بعد إثباتها من أجل معرفة مدى دخولها ضمن الاتفاقات أو الأفعال التي درج على اعتبارها محظورة بشكل مطلق. وقد طبق القضاء على بعض الاتفاقات قاعدة الحظر المطلق - وهي تحديد الأسعار، وتقسيم الأسواق والمقاطعة الجماعية والعقد الرابط[٢].

---

(١) موازنة الأثر النافع أو الضار للفعل على المنافسة يتحصل في - مثلاً:
- تقييد الإنتاج بما ينتج عنه خسارة في الرفاهية الاجتماعية لعدم استغلال الموارد.
- تقييد حرية التجار في اتخاذ القرارات التي تحقق مصالحهم «تقييد حرية التعاقد» بما ينتج عنه تقييد المنافسة بشكل عام في السوق.
- حول مناقشة هذه الأفكار وإمكان تضمينها في قوانين المنافسة. انظر:
- Eleanor M. Fox. "The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium", 66 Cornell L. Rev. 1140 (1986).

وقد تم إعادة طباعتها ونشرها في

- The Political Economy of the Sherman Act", Edited by E. Thomas Sullivan, Oxford University Press, New York, Oxford, 1991, PP.259-283.

(٢) - Northern pacific Railway Co. V.U.S. 61. 356 U.S.I. (1958).

وعلى التحديد قول القاضي بلاكس (Blacks) =

وعلى العموم هناك تقارب بين قاعدة السبب شطر الغرض وقاعدة الحظر المطلق على اعتبار أنه إذا كان تحديد الأسعار محظوراً بصفة مطلقة Perse فإن اتفاق تحديد الأسعار محظور أيضاً وفقاً لقاعدة السبب بحسبان عدم مشروعية الغرض. بيد أن القضاء في حال الأفعال التي تندرج تحت الحظر المطلق يلتفت عن بحث الأثر النافع الذي قد ينجم للمنافسة من جراء ذلك الفعل أو إلى نية أو قصد الأطراف من إبرام التصرف.

وعليه إذا كانت قاعدة السبب هي قاعدة تحليل اقتصادي لأثر الفعل، فإن قاعدة الحظر المطلق هي قاعدة إثبات، فإذا حصل إثبات الوقائع ثم تكييفها بغية إدخالها إلى طائفة الأفعال المحظورة بشكل مطلق تعين الإدانة دون النظر إلى أي اعتبار. وترتب على ذلك أن المدعى عليه عند رفع الدعوى مخولا فقط بإثبات عدم حصول الفعل أو المنازعة في تكييفه - وليس الادعاء بأن عمله قد نتج عنه أثر نافع على المنافسة.

المبحث الثالث
رأينا في القاعدتين وبيان موقف المشروع الكويتي منهما

إذا كانت قاعدة السبب تركن إلى محاولة موازنة الآثار الضارة والآثار النافعة على المنافسة من جراء التصرف الذي أبرم، أي القيام ببعض التحليل الاقتصادي ، بما حاصله تخصيص بعض الجهد والوقت من إجراءات التقاضي لهذا الغرض -

---

= - U.S.V. Socony - Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

- Bauer, Per Se Illegality of Concentrated Refusal to Deal: A Rule Ripe for Reexamination", 79 Colum. L. Rev. 685 (1979).

- Raybould and Firth, "Law of Monopolies, PP. 24-27.

- John R. Allison, "Ambigous Price Fixing and the Sherman's Act..: PP. 770-772.

- Neale and Goyer, "The Antitrust Law of the U.S.A." PP. 30-32.

مما ينتج عنه إطالة أمد التقاضي، فإن قاعدة الحظر المطلق تلتفت عن الآثار النافعة التي قد تنجم عن الفعل في سبيل اختصار أمد نظر الدعوى[١].

بيد أنه يستحسن أن يوضع في الاعتبار أي أثر نافع على المنافسة من جراء الفعل الذي قام به التجار وإلا أحجم هؤلاء عن القيام ببعض الأفعال التي قد ترتب آثاراً إيجابية على السوق، ولا سيما أن أي عمل تجاري من شأنه تقييد المنافسة.

ومما يخفف من وطأة هذه النتيجة أن دائرة الأعمال المحظورة بشكل مطلق أضيق نطاقاً من الأعمال التي يطبق عليها قاعدة السبب، بما حاصله أن قاعدة السبب هي الأصل في تحليل الأفعال وقاعدة الحظر المطلق هي الاستثناء، وعليه لا ينبغي التوسع في دائرة الأعمال المحظورة بشكل مطلق ويتعين أن تطبق بأضيق نطاق.

وعلى ذلك فقد ابتعد المشرع الأمريكي بموجب قانون كلايتون (Clayton Act 1914) عن قاعدة الحظر المطلق وأخضع كل فعل إلى تقييم آثاره، إذ يغدو غير مشروع إذا كان من المحتمل أن يؤدي الأثر إلى إنقاص المنافسة بشكل جوهري أو كان من المحتمل تكوين احتكار[٢].

---

(١) من الحرى الإشارة بعدم دقة التسمية التي أطلقت على مضمون قاعدة السبب - لأن بحث القاضي لا ينحصر في تتبع غرض الاتفاق أو الفعل بل يرتد إلى آثاره الإيجابية والسلبية على المنافسة في السوق ولهذا فإن مصطلح قاعدة السبب لا يشمل إلا البحث عن الغرض. لذا فقد أطلق عليه الأستاذ سوليفان Sullivan قاعدة التقدير "discretion" القضائي: انظر:

Lawrence A. Sullivan, "The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints", PP. 836-837.

غير أننا نفضل تسمية قاعدة الحظر المطلق بقاعدة التكييف القانوني - وقاعدة السبب بقاعدة التحليل الاقتصادي.

(٢) العبارة التي استعملها المشرع في قانون كلايتون هي:

- Where the effect may be to substantially lesson Competition or tend to create Monopoly".

وعلى هذا فإن مجال تطبيق الحظر المطلق هو في قانون شيرمن في المادة الأولى منه.

ويمكن القول إن لقاعدة الحظر المطلق بعض المميزات تتحصل مثلاً في إضفاء اليقين على مآل الفعل. انظر:

- Fixing the Price fixing Confusion: A Rule of Reason Approach", 92 Yale Law Journal, 1982-1983- PP.706-730, at 707,709-710.

وقد أخذت الاتفاقية الأوروبية بهذا النهج بموجب المادة ٨٥، إذ عول على ضرورة تحليل غرض الفعل من حيث تقييد أو تفادي المنافسة أو تحليل آثاره الضارة أو النافعة على المنافسة في السوق[١].

ولم يتطلب المشروع الكويتي صراحة التعويل على كون غرض الاتفاق أو أثره مقيداً للمنافسة بشكل غير معقول لأنه من جانب نص على ضرورة وقوع عمل بسوء نية، وهذا يفيد ضرورة توافر قصد أو غرض غير مشروع ومن جانب آخر نص المشروع صراحة على أنه يتعين أن يكون من شأن الفعل إعاقة التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة.

وبهذا تجنب المشروع مسألة غامضة في القانون الأمريكي أو الأوروبي، وهي إذا كان غرض الاتفاق غير واضح أو تعذر إثباته ورتب آثاراً مقيدة للمنافسة لم يتوقعها أطراف الاتفاق لأنه ليس من شأن الفعل ترتيب ذلك الأثر حسب المجرى الطبيعي للأمور.

لذا حاول المشروع الربط بين الغرض والأثر بأن تطلب أن يكون الأثر الضار بعد توافر سوء النية، نتيجة طبيعية للعمل الذي قام به المدعى عليه أي من شأنه أن يقيد أو يتفادى المنافسة، ولا يهم بعد ذلك تحقق النتيجة من عدمه بسبب استعماله الوسيلة الفاعلة. إذ أن المشرع الأمريكي والأوروبي يركنان إلى أثر تقييد المنافسة الناتج عن الاتفاق الذي أبرم بين التجار حتى وإن كان هذا الأثر غير متصل بصورة مباشرة بالغرض من الاتفاق.

ومن شأن ذلك إثارة التساؤل حول مسألتين:

الأولى: متعلقة بمدى اتساع نطاق الحظر في القانون الأمريكي والأوروبي كي يشمل حالة إبرام اتفاق بين تجار قيدت فيه المنافسة بدرجة ضئيلة لا يعتد بها، لكنه

(١) - Tim Frazer, "Monopoly, competition and the Law", 2nd ed., Harvester Wheatsheaf, London, 1992, PP.163-166.

بعد فترة زمنية من تنفيذ الاتفاق قامت الدولة بإجراء أثر على تركيبة السوق وجعل ذلك الاتفاق أعمق ضرراً على المنافسة، فهل يغدو هؤلاء التجار مرتكبين لمخالفة تقييد التجارة؟

والثانية: لو أن مجموعة من التجار أبرمت اتفاقاً لم يكن غرضه تقييد المنافسة ولكن ليس من شأنه إحداث أثر ضار بالمنافسة إلا إذا قام كل تاجر على حدة بعمل غير مرتبط بالاتفاق. فهل يتحمل التجار وزر ذلك الاتفاق؟ ومثال ذلك لو قاطع مجموعة من التجار بناء على اتفاق، الاستيراد من دولة معينة لسلعة معينة وقام كل واحد منهم على حدة بخفض كمية السلعة المستوردة من الخارج أو المصنعة بالداخل. لتفادي هذه الاشكالات استخدم المشروع الكويتي عبارة «من شأن الفعل»، ومن ثم يتعين أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الذي قام به التجار سواء كان كل واحد على حدة أو كانوا مجتمعين. والمشروع الكويتي نص صراحة على حظر بعض الأعمال دون النظر إلى الغرض أو السبب من القيام بها. وكأنه يقول إنها محظورة بشكل مطلق Perse دون النظر إلى مبررها أو أثرها. إذ نص المشروع في المادة ٦٠ مكرراً على أنه:

«تعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص:

١ ـ الاتفاق الصريح أو الضمني على تحديد سعر بيع البضائع أو الخدمات إلى الغير. . . .

٢ ـ الاتفاق بين مجموعة من التجار لتمكين أحدهم أو بعضم من الفوز بمناقصة أو ممارسة واقتسام ما ينتج عن ذلك من عائد عليهم».

بيد أن المشروع أقام قرينة في بعض الأعمال على حظرها أو اعتبارها من أعمال المنافسة غير المشروعة ما لم يقدم المدعى عليهم مبرراً معقولاً أو سبباً مشروعاً على القيام بتلك الأعمال مثلاً:

٣ ـ إعاقة دخول منافس في السوق بغير سبب مشروع.

٤ ـ التمييز بغير سبب مشروع بين التجار في سعر أو شروط بيع البضائع أو الخدمات المتماثلة في النوعية والجودة بقصد تقييد المنافسة بإخضاعهم لمراكز تنافسية متفاوتة.

والمشروع هنا قد استخدم مصطلحاً واسعاً بغية تبرير بعض الاتفاقات أو دحض قرينة الحظر، بأن استعمل عبارة «سبب مشروع»، ومن ثم يدخل في عداد الأسباب المشروعة:

الآثار النافعة للمنافسة ومنها:

- تحقيق رفاهية العملاء.
- مواجهة المشروعات العملاقة أو أصحاب الاحتكارات.

ولم يخض المشروع في مسألة تنازع المصالح بين المصلحة التي يبغي التجار تحقيقها والضرر الذي قد ينجم من الفعل، وحسناً فعل بأن تركها للسلطة التقديرية للقاضي على اعتبار أنها مسألة تتغير بتغير الظروف وقد تختلف من قطاع تجاري إلى آخر.

المبحث الرابع
إمكانية ربط فكرة الغرض بالسبب كأحد أركان العقد وفكرة الأثر بالضرر وعلاقة السببية

ظهر من دراسة فكرتي الغرض والأثر عدم وجود آلية أو طريقة تحليل دقيقة متفق عليها في جميع الدعاوى، التي تخضع في تحليلها لقاعدة السبب. فإلى أي مدى بمقدور المحكمة الولوج إلى تحليل الأثر الاقتصادي المترتب على الاتفاق؟ وهل المعول عليه الأثر المحتمل على المدى القريب أو البعيد؟ وماذا لو كان الأثر الضار بالمنافسة قد ترتب جزئياً من جراء الاتفاق، أي ساعدت أسباب أخرى في ترتيبه أو زيادته؟ أو لم يكن لذلك الأثر أن ينجم حسب المجرى الطبيعي للأمور.

لذا فمن الملائم رد فكرة الغرض من الاتفاق إلى فكرة السبب كأحد أركان العقد. ويدخل ضمن ذلك الغرض المباشر أو (السبب القصدي) وهو، مثلاً، زيادة الأسعار وكذا الغرض غير المباشر (الباعث) مثلاً الوصول إلى الاحتكار ولابد في حال اتفاق تحديد الأسعار أن يكون الأطراف الآخرون على علم به أو ينبغي عليهم أن يعلموا به.

ونستفيد من ذلك:

أولا: تحقق الإدانة إذا كان الغرض المباشر مشروعاً ولكن الباعث الدافع (الغرض غير المباشر) على التعاقد غير مشروع، وكذا تتحقق الإدانة إذا كان الغرض المباشر غير مشروع ولكن الباعث الدافع كان مشروعاً، لأنه يعتد من أجل الإدانة بعدم مشروعية أي من الغرض المباشر أو الباعث الدافع إلى التعاقد.

وثانياً: يتحمل المدعي عبء إثبات عدم مشروعية السبب الدافع إلى التعاقد لأن الأصل في الإثبات السلامة ولأنه خلاف الظاهر. إذ تقول المادة (١٧٧) من القانون المدني الكويتي إنه: «يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر في العقد، وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه».

كما تقضي المادة ١٧٨ من القانون المدني بأنه: (١) يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. (٢) وإذا ثبتت صورية السبب، كان على من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعا أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه.

وهكذا يكون بمقدورنا تجنب علامات الاستفهام التي تثور في العديد من المواضع في الفقه الأنجلو أمريكي حول مفهوم الغرض من الاتفاق «Object» والتي نشأت بسبب عدم وجود نظرية للسبب كتلك المعروفة في الفقه اللاتيني.

ومن الملائم من ناحية أخرى رد فكرة الأثر إلى مفهوم الضرر باعتباره ركناً في المسئولية المدنية. على أن يوضع في الحسبان أن الضرر «هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له»[١]. فلا مسئولية إذا

(١) منصور مصطفى منصور - المصادر غير الإرادية للالتزام - مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق - ١٩٨٠- ١٩٨١ - ص٣٥.

لم يترتب ضرر على شخص - بينما في مجال المنافسة التجارية - فلا يلزم أن يقع ضرر مادي على شخص حتى تتحقق المسئولية من جراء تكتل بغية تقييد المنافسة - وقد ظهر أن المسئولية تتحقق في حال عدم مشروعية الغرض حتى لو لم يتحقق ضرر بسبب عدم اتخاذ التجار، مثلاً، الوسيلة المناسبة لتنفيذ الاتفاق الرامي إلى تقييد المنافسة بينهم. وعليه فلا يشترط أن يكون الضرر أو الأثر محققاً - بل يكفي أن يكون محتملاً حتى تتحقق الإدانة، إلا أنه لا يستحق هنا تعويض لعدم تحقق الضرر المحتمل[1]. وإذا تحقق ضرر فإن التعويض يشمل حسب المادة٢٣٠/١ من القانون المدني الخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع أو بتعبير آخر إذا كان من شأنه أن يحدث هذا الضرر بحسب السير العادي أو الطبيعي للأمور.

وهكذا فإن التعويض لا يسري إلا على الضرر المباشر الذي يمكن تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي، (المادة ٢٣٠/٢ من القانون المدني).

وإذا تعددت الأسباب التي أفضت إلى الضرر كاشتراك خطأ التجار باتفاقهم وخطأ الحكومة بالامتناع - مثلاً - عن إصدار تراخيص الاستيراد، فإن العبرة بالسبب الفعال أو المنتج أي باستغراق أحد الخطأين للآخر. وفي حال كون كلاً الخطأين فعالاً، أي عدم استغراق أي منهما للآخر، فيعتبر كل مخطىء مسئولاً في مواجهة المضرور عن الضرر كله (المادة ٢٢٨ من القانون المدني) مع تحقق إدانة التجار المتكتلين.

وهكذا يمكن تفادي الغموض الذي قد يعتري، في بعض الأحيان، مفهوم الغرض والأثر التي تضمنتهما قاعدة السبب، التي ابتدعها القضاء الأمريكي تكملة وتفسيراً للمادة الأولى من قانون شيرمن، ومن ثم التي أخذت بها اتفاقية روما سنة ١٩٥٢ في المادة ٨٥ وتلقفتها التشريعات الوطنية للدول الأوروبية المنضمة للسوق الأوروبية المشتركة.

---

(١) حسني المصري - القانون التجاري الكويتي - الكتاب الأول - الطبعة الأولى - مؤسسة دار الكتب ٩٢ ـ ٩٣ ص٣٠٥ ـ ٣٠٧.

الفصل الثالث
المبادىء القانونية التي يخضع لها اتفاق تحديد الأسعار

المبحث الأول:
تطبيق قاعدة الحظر المطلق

نظر القضاء في بادىء الأمر إلى اتفاق تحديد الأسعار على أنه تدخل سافر في آلية عمل السوق، لا تستند إلى مسوغ قانوني معتبر. ووجد أنه من العبث إخضاع هذا الاتفاق إلى قاعدة السبب بحسبان انعدام الأثر النافع على المنافسة.

ذلك أن بعض الاتفاقات تنطوي على مضار بينة على المنافسة ويفترض أنها تقيدها بدرجة غير معقولة. وعلى ذلك فهي غير مشروعة، دونما حاجة إلى تحديد نوع الضرر الذي نجم عنها أو مبرر إبرامها. ومبدأ الحظر المطلق لا ينحصر في توفير شيء من اليقين للتجار بالنسبة إلى مآل هذا التقييد، بل يتجنب الدخول في تحليل اقتصادي لا طائل منه[1]. وبرغم أن مضمون قاعدة الحظر المطلق تفيد افتراض مضار الاتفاق، إلا أنها لا تعطي المدعى عليه مكنة دحض هذا الافتراض بأي وسيلة، فهو قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس. وبهذه المثابة يغدو تحديد الأسعار من الاتفاقات التي تركن فيها المحكمة إلى حرفية نص المادة الأولى من قانون شيرمن.

والقضاء يعتمد عند تطبيق قاعدة الحظر المطلق إما على طبيعة الاتفاق التي لا

---

(١) انظر حكم القاضي Black في دعوى

Northern Pacific Railway V. U.S.

- 356 U.S. I (1958).

تدع مجالاً للشك حول الأثر الضار منه، بموجب التحليل الاقتصادي، ومثل ذلك تحديد الأسعار المباشر أو على الخبرة القضائية والتكييف القانوني للاتفاقات التي لها أثر مماثل لتحديد الأسعار، ومن ثم ينطبق عليها حكمه تطبيقاً للقاعدة القانونية القائلة بأن «تتحد الأشياء مع أمثالها» «Paria Copulantur Paribus». ومثل ذلك تحديد الأسعار غير المباشر(١).

ويتعين التأكيد ونحن في هذا الصدد أن قاعدة الحظر المطلق تنطبق على اتفاقات تحديد الأسعار دون النظر إلى نوع هذا التحديد سواء أكان السعر بحده الأدنى أم كان بحده الأقصى(٢). وتكمن العلة من ذلك في أن أي اتفاق يبرم بغية تحديد الأسعار ينطوي على «مساس بجوهر الجهاز العصبي للاقتصاد». وليس بذي أهمية بعد ذلك النظر إلى مدى حسن أو سوء نية أطراف الاتفاق(٣).

ونتيجة لعدم تمكين القضاء المدعى عليهم من دحض قرينة الأثر الضار لاتفاق تحديد الأسعار، فقد دلف التجار إلى محاولة تحوير اتفاق تحديد الأسعار المباشر، بما حاصله الابتعاد عن توضيح الغرض المباشر من الاتفاق - وهو الأسعار - واللجوء إلى اتفاقات يكون غرضها مشروعاً أو تبدو كذلك على الأقل، وتؤدي لآثار مماثلة لاتفاقات تحديد الأسعار المباشرة. ومثل ذلك دعوى Hartford-Empire. V.U.S وتتحصل وقائعها في أن أبرم اتفاق يحد من كمية الإنتاج ويضع مقداراً له على التجار، فقد قضى بأنه مماثل لاتفاق تحديد الأسعار من حيث الأثر، ومن ثم فهو محظور بصفة مطلقة(٤). وكذا طبق هذا المبدأ على اتفاق حظر

---

(١) قرب

- John R. Allison, "Ambiguous Price Fixing and the Sherman Act", P.770.

(٢) - Kiefer-Stewart Co. V. Joseph E. Seagrams & Sons, 340 U.S. 211.

(٣) - U.S. V.Mc Kesson & Robbins, Inc., 351 U.S. 305, 310 (1956).

- Socony - Vacuum Case, 310 U.S. at 224.

(٤) - 323 U.S. 386 (1945).

إعطاء ائتمان للعملاء أو منع البيع الآجل لما له من أثر مماثل لاتفاق تحديد الأسعار[١].

وقد حاول القضاء مد نطاق الحظر بدرجة قاسية كيما يشمل حتى اتفاقات تبادل المعلومات المتصلة بالأسعار بين التجار، واعتبرها مخالفة لنص المادة الأولى[٢].

ومن الضرورة بمكان عدم إخضاع مثل هذه الاتفاقات لقاعدة الحظر المطلق لأنها ليست أولاً اتفاقاً على تحديد الأسعار ولأنها ثانياً لا تنطبق عليها فرضية الآثار الضارة على المنافسة. إلا أنه من الممكن اعتبارها قرينة على اتفاق تحديد الأسعار

---

(١) - Catalano Inc. V. Target Sales, 446, U.S. 643-465.

وفي مجال القانون الأوروبي ـ انظر:

- Quinnine Case, OJ. 1969 L 192/5, (1969) CMLR. D41.

- Zinc Producer Group Case, OJ. 1984 L220/27 (1985). 2 cmlr 108.

للمزيد من التفصيل انظر:

- Bellamy and Child, "Common Market Law of Competition", Sweet & Maxwell, London, P.160.

(٢) - U.S. V. Container Corp. of America, 383, U.S. 333.

وفي القانون الأوروبي انظر:

- IFTRA Glass Containers, OJ, 1974, L/160/1 13, (1974) 2, CMLR. D50.

وقد قالت مفوضية السوق الأوروبية إنه يقع الصانع بمحظور المادة ٨٥ إذا بعث إلى منافسيه العناصر الجوهرية لسياسة الأسعار لديه، مثل قائمة الأسعار، وشروط التعاقد والخصومات التي يعملها، وتاريخ إجراء التعديلات عليها، والاستثناءات المطبقة على بعض العملاء.

وفي القانون الفرنسي حظر تبادل المعلومات بين الملتزمين بموجب قانون حرية الأسعار والمنافسة رقم ٨٦/١٢٤٣ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/١ .

- Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton, "Competition Law in France", Corporate Finance, 1992, PP.20-27.

وفي ألمانيا حظر تحديد الأسعار بموجب القانون الاتحادي المناهض لتقييد التجارة (GWB) بتاريخ ١٩٨٠/٤/٢٦ وبتعديله الأخير بتاريخ ١٩٨٧/١٠/٢٢ .

- Karl Beier, Schricker and Fikenstscher, "German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws", 2nd Ed., Max Planck Institute, V CH, 1989, P.205.

بين التجار في حال وجود تقييد للمنافسة بالسوق، مما يعني ضرورة تطبيق قاعدة السبب عليها. على أنه إذا وجد القضاء أن سبب إبرام اتفاق تبادل المعلومات هو تحديد الأسعار من خلال السلوك المدبر Concerted Practice وجب حظر هذا الاتفاق تطبيقا للقاعدة القانونية القائلة: «إذا منع الشيء منع كل سبيل إليه»[1]. ando al iquid prohibe tur, prohibe tur et omne per quod deveni tur ad illud

ويحسن بنا ونحن في هذا الصدد أن نبدي جملة من الملاحظات حول منهج القضاء الأمريكي الداعي إلى تطبيق قاعدة الحظر المطلق على اتفاقات تحديد الأسعار وعلى الاتفاقات التي يكون لها أثر مماثل.

المبحث الثاني
تقدير موقف القضاء الأمريكي

تنحو هذه الملاحظات نحو الدعوة إلى تطبيق قاعدة السبب أو بتعبير آخر ضرورة تمحيص جميع الآثار الناجمة عن تطبيق اتفاق تحديد الأسعار، ودافعنا إلى ذلك ما يلي:

أولا:

من الملاحظ أنه ثمة صعوبات تواجه القضاء تجاه اتفاقات تحديد الأسعار غير المباشر - إذ يتحتم عليه تكييف الاتفاق، وفي سبيل ذلك يتعين النظر إلى طبيعة الاتفاق وتاريخه ونوع التقييد الناجم عن أعماله وإلى غير ذلك من العناصر الدالة على صفته. وعندما يقوم القضاء بذلك - فيكون قد اتبع آلية تحليل قاعدة السبب - ومن ثم لا يصح القول إن القضاء قد طبق قاعدة الحظر المطلق على اتفاق تحديد الأسعار غير المباشر. وقد نجم عن هذه المشكلة أن طبقت محكمة أول درجة قاعدة الحظر المطلق، ولكن عند الاستئناف قضي بضرورة تطبيق قاعدة

(١) المعجم القانوني - إنجليزي - عربي - تأليف حارث سليمان الفاروقي - الطبعة الرابعة - مكتبة لبنان - بيروت سنة ١٩٨٢ - ص ٥٧٢ .

السبب[١]. والسبب في ذلك يكمن في أنه لا يصح تطبيق قاعدة الحظر المطلق إلا إذا كان «بادياً بصورة جلية أن الاتفاق يميل دائماً لتقييد المنافسة وخفض الإنتاج»[٢]. ومن ثم فإذا لم يكن ذلك بادياً يتعين تطبيق قاعدة السبب.

ثانياً:

تطبيقاً للعدالة والمساواة في إجراءات نظر دعاوى المنافسة ينبغي الخضوع لقواعد موحدة بغية توفير الاستقرار واليقين لأطراف العقد حول طريقة وإجراءات والمبادىء التي تخضع لها الدعوى عند نظرها. ومن أجل تجنب تطبيق قواعد مختلفة على وقائع متماثلة. ففي دعوى ASSCAP أسس أصحاب الألحان الموسيقية هيئة من أجل الترخيص باستخدام الألحان بناء على ترخيص موحد. وعندما أصبحت الأسعار عالية بسبب تحديدها من الملحنين، رغب الناشرون بالحصول على تراخيص على حسب نوع الألحان المستخدمة. ولما رفضت الهيئة ذلك رفع الأمر للقضاء. وقد قررت المحكمة أن عمل الهيئة ليس محظوراً بصفة مطلقة، لأن الترخيص الموحد بمثابة السلعة التي تختلف عن الألحان المتفرقة للملحنين والتي هي بمثابة سلع أخرى[٣]. بيد أن القضاء توصل إلى نتيجة عكسية في وقائع مشابهة. ففي دعوى Arizona V.maricopa County Medical Society، أسس مجموعة من الأطباء هيئة من أجل تحديد حد أعلى للمقابل الذي يتقاضاه الطبيب من مرضاه الذين يتمتعون بنظام التأمين. وقد قررت محكمة أول درجة عدم مشروعية الاتفاق لأنه محظور بصفة مطلقة Perse، وبينما طبقت محكمة

---

(١) - U. S. V. Socony - Vacuum Oil Co., 105 F. 2d, 809, 827-28 (1939), rev'd, 310 U.S. 150 (1940).

- U. S. V. American Smelting and Refining Co., 182 F. Supp. 834 (S.D.N.Y. 1960).

(٢) - Broadcast Music V. columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979).

انظر

- Lawrence A. Sullivan, "The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints", P.842.

(٣) - Louis: "Restraint Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music ? 66 Va. L. Rev. 879-897-99 (1980).

الاستئناف قاعدة السبب على الاتفاق وتوصلت إلى عدم مشروعيته، لأنه بمثابة تحديد الأسعار[١]. لذا فمن اللازم توحيد القواعد التحليلية التي تخضع لها جميع اتفاقات تقييد المنافسة الأفقية.

ثالثاً:

ينبغي عدم الالتفات عن النتائج النافعة التي قد يرتبها اتفاق تحديد الأسعار على المنافسة، فبإخضاع ذلك الاتفاق لقاعدة الحظر المطلق يكون تفويت فرصة النفع الذي قد يحصل من الاتفاق، ويقود ذلك إلى تواني التجار عن إبرام اتفاقات نافعة تحسباً من تطبيق قاعدة الحظر المطلق عليها. ومن تلك المنافع تجنب المنافسة الضارة أو التي تؤدي إلى الإفلاس[٢]. - توفير تكاليف البحث عن سعر منخفض للسلع[٣].

---

(١) - 102 S. Ct. 2466 (1982).

- Loretto M. Leo, "Price Fixing - Physicians Maximum fee Agreements are per se violations of the Sherman Act", 60- J. of Urban Law, 1983, PP. 668-677.

- Weller, "Antitrust and Health Care: Provider Controlled Health Plans and the Moricopa Decision", 8 A.M.J.L. & Med. 223 (1982).

(٢) - Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis", PP. 190-192.

(٣) - Frank H. Easterbrook, "Maximum Price Fixing", 48, The University of Chicago Law Rev. 1981, P.842.

وفي المملكة المتحدة قضت محكمة السلوك المقيد بأن بعض اتفاقات تحديد الأسعار تفيد المصلحة العامة وذلك لأنها تجنب العملاء عناء البحث: انظر:

- Black Bolt and Nut Association's Agreement, LR.2, PP. 50 (1960).

وتدفع الى استقرار الأسعار - انظر:

- Cement Makers Federation Agreement, LR. 2 PP. 119 (1962).

وتدفع الى التعاون التكنولوجي - انظر:

- Permanent Magnet Association Agreement, LR, 3 RP, 119 (1962).

إنه يمكن القول إذا كان تحديد الأسعار يجنب العملاء عناء البحث عن السعر المنخفض فإن ذلك مرهون بتماثل السلع من حيث الصفات والغايات وذلك منحصر في السلع متحدة الجنس ولا تندرج ضمنها السلع التي يضمها سوق واحدة. أما القول إن تحديد الأسعار يدفع الى استقرار الأسعار فهذا قول صحيح ولكن الأسعار المرتفعة التي تحقق مصلحة التاجر.

رابعا:

من الأهمية بمكان على هدى من مبدأ الحظر المطلق Perse حسبما أرساه القاضي Black في دعوى Northern Pacific Railway أن تكون قرينة الآثار الضارة لاتفاق تحديد الأسعار بسيطة يجوز دحضها بإثبات العكس، ومعنى ذلك أن يتحصل عبء الادعاء في إثبات حصول الاتفاق ، وهذا من شأنه ترتيب قرينة على الأثر الضار للاتفاق، ومن ثم ينتقل عبء الإثبات على المدعى عليه كي ينفي تلك القرينة بجميع الوسائل بغية توضيح الأثر النافع للاتفاق على المنافسة بالسوق.

خامساً:

لقد تجنب العديد من التشريعات - ومنهم - الاتفاقية الأوروبية بموجب المادة ٨٥، الأخذ بمبدأ الحظر المطلق - إذ أخضعت كل اتفاق إلى تتبع غرضه وأثره، بموجب تحليل اقتصادي - قانوني - حسبما تدعو إليه قاعدة السبب[١].

سادساً:

يرى الأستاذ بورك (Bork) أنه لا يمكن الاستغناء عن مبدأ الحظر المطلق Perse لأنه يتعين تطبيق هذا المبدأ على تحديد الأسعار المباشر أو كما سماه «Primary or naked» الذي يكون غرضه الأساسي توحيد السعر وتطبيق قاعدة السبب على تحديد الأسعار الضمني أو كما سماه Ancillary لأنه يتوقع ترتيب منافع منه[٢]. بيد أنه من الصعوبة التمييز في بعض الأحيان بين تحديد الأسعار

---

(١) انظر على سبيل المثال:
المادة ٤٥ من قانون المنافسة الكندي لسنة ١٨٨٩ . والمادة الأولى من القانون الألماني لسنة ١٩٨٠ . والقانون اليوناني رقم ٧٠٣/١٩٧٧ بشأن حرية المنافسة والسيطرة على الاحتكار - الذي وضع على غرار المادة ٨٥ - ٨٦ من الاتفاقية الأوروبية (EEC). انظر المادة الأولى والثانية منه. وقانون المنافسة الإيرلندي لسنة ١٩٩١ الذي وضع على غرار المادة ٨٥ من اتفاقية (EEC). والقانون التجاري النيوزلندي لسنة ١٩٨٦ . والقانون الإسباني رقم ١٦/ ١٩٨٩ بشأن حماية المنافسة.

(٢) - R. Bork, "The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself-264.

المباشر وغير المباشر، طالما ليس ثمة معيار متفق عليه بينهما، مما يستتبع ضرورة الولوج إلى غرض الاتفاق وأثره ومقدار القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أطراف الاتفاق لإحداث الأثر. ويضرب الاستاذ بورك مثال المحامين الشركاء في مكتب «Law Partnership» فإن تحديد سعر خدمات المحاماة يعتبر مسانداً لغرض توفير خدمة فعالة ومن ثم تطبق قاعدة السبب. غير أن الوصول إلى هذه النتيجة يتطلب تحليل غرض الاتفاق، وهذا جزء من قاعدة السبب ومعرفة الغرض يتطلب تحليل استشرافي للأثر الاحتمالي الذي قد يحدثه، وهذا أيضاً جزء من قاعدة السبب. بما حاصله أن الوصول إلى تطبيق قاعدة الحظر المطلق مرهون بالدخول في آلية قاعدة السبب، وهذا يعني إمكانية الاستغناء عن تطبيق قاعدة الحظر المطلق والاكتفاء بطريقة واحدة لتحليل الاتفاقات المقيدة للمنافسة المتمثلة في قاعدة تتبع غرض الاتفاق وأثره.

سابعاً:

يبين من تتبع بعض أحكام القضاء أن ثمة بوادر للتحول لتطبيق قاعدة تتبع غرض الاتفاق وأثره (السبب) على اتفاقات تحديد الأسعار[1]. وهذا ينذر بحصول حيف أو إجحاف إذا لم يكن هذا التحول شاملا وسريعاً، تحسباً من فقدان الأمن القانوني أي المعرفة المسبقة لأطراف الاتفاق للأحكام والقواعد التي يخضع لها، وحتى لا تكون الوقائع الواحدة عرضة لتطبيق أحكام مختلفة ومتفرقة، علاوة على صعوبة التنبؤ بموقف المحكمة المعروض عليها النزاع بشأن الإبقاء على قاعدة الحظر المطلق أو تطبيق قاعدة السبب.

(١) - United States V. Topco Associations-405, U.S. 596 (1972).

- National Society of Professional Engineers V.U.S. 435, U.S. 679 (1978).

الخاتمة

قرر مشروع المنافسة غير المشروعة والاحتكار الكويتي حظر تحديد الأسعار المباشر وغير المباشر. ولم يتح للأطراف المتفقين تقديم مبرر معقول لاتفاقهم. أي بيان الآثار النافعة الناجمة عنه. ومع ذلك فتح المشروع المجال أمام التجار للدفاع - من خلال العديد من الجوانب - أولها - أنه لم يبرم الاتفاق بسوء نية - أي استبعاد غرض أو قصد تحديد الأسعار لأن المشروع يقول: كل عمل يقع بسوء نية من التاجر وثانيها المنازعة في تكييف الاتفاق من أنه تحديد للأسعار وثالثها - أنه ليس من شأن اتفاق تحديد الأسعار في حالة صحة تكييفه تقييد المنافسة أو تفاديها. بما حاصله تطلب البحث في مدى القوة الاقتصادية المؤثرة التي يحوزها الأطراف المتفقون في السوق، مع الوضع في الحسبان الالتفات عن الآثار التافهة أو التي لا يعتد بها.

وثمة أفعال تعمل على تحفيز التجار على إبرام اتفاقات تحديد الأسعار تتمثل في تأسيس اتحادات للتجار المتعاملين بنوع معين من السلع، ونوصي في هذا الصدد بتضمين قرار تأسيس الاتحاد أو بلائحته الأحكام الآتية:

أولا: حظر تقييد المنافسة خصوصاً تحديد الأسعار أو اقتسام الأسواق أو تحديد كمية الإنتاج.

ثانياً: حظر تقييد عدد التجار المتعاملين بفئة معينة من السلع، بمعنى السماح للتجار الراغبين بدخول السوق بالانضمام إلى الاتحاد.

ثالثاً: حظر تقييد حرية التاجر المنضم للاتحاد في تحديد شروطه التعاقدية مع الغير.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- أحمد عبد الرحمن الملحم، «الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.
- أحمد عبد الرحمن الملحم، «نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها»، مجلة الحقوق، السنة ١٦، العدد ١ - ٢، مارس يونيو ١٩٩٢.
- حسني المصري، «العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن»، مكتبة الصفار، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- حسني المصري، «القانون التجاري الكويتي»، مؤسسة دار الكتاب، ٩٢ - ٩٣.
- سميحة القليوبي، «قانون التجارة الكويتي»، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣.
- عبد المنعم فرج الصدة، «نظرية العقد في قوانين البلاد العربية»، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.
- منصور مصطفى منصور، «المصادر غير الإرادية للالتزام»، مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق، ١٩٨٠.
- يعقوب صرخوه، «العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠»، الطبعة الأولى، ١٩٨٦.

ثانيا: باللغة الانجليزية:

- A. Deringer, The Competition Law of the European Economic Community: A Commentary on the EEC Rules of the Competition, (CCH editions Ltd, 1968).
- Anson's Law of Contract, edited by A. G. Guest, 26th ed., Clarendon Press, Oxford, 1992.
- Areeda and Kaplow, Antitrust Analysis, 4th., ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988.

- Bauer, Per se Illegality of Concentrated Refusal to Deal: A Rule Ripe for Reexamination, 79 Colum L.R. 685 (1979).
- Bellamy and Child, Common Market Law of Competition, Sweet and Maxwell, London.
- Blair and Fesmive, Maximum Price Fixing and the Goals of the Antitrust, 37-5 Yracuse Law Rev. 1989.
- Bork, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, 9,J.L. & Econ. 7 (1966).
- Bork, The Rule of Reason and the Per se Concent: Price Fixing and Market Division, 74(1) Yale L. J. 775 (1986).
- Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, the Free Press, New York, 1993.
- C. Addison, A Treatise on the Law of Contract, 5th. ed., 1862.
- Carl Kaysen and Donald Turnor, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, Published in the Political Economy of the Sherman Act, edited by Thomas Sullivan, Oxford Univ. Press, 1991.
- Cleary, Gottieb Steen and Hamilton, Competition Law in France, Corporate Finance, 1992.
- Competition and Antitrust Law, Corporate Finance, Jan. 1992.
- C.S. Kerse, EEC Antitrust Procedure, 2nd ed., European Law Centre, London, 1988.
- D. G. Goyder, EC Competition Law, 2nd, ed., Clarendon Press, Oxford, 1992.
- E. Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, 1933.
- Eleanor M. Fox, The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 Cornell L. Rev. 1140 (1986).
- Elizabeth Athos, Recent Development, Antitrust Law, United Nation Guidelines, Restrictive Business Practice, 22 Harvard International Law Journal, 1981.
- Eliziga, New Developments on the Cartel. Front, 29 Antitrust Bull., 3(1984).
- Enlermann, The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market, 29 CMLR 257 (1992).
- Frank H. Easterbrook, Maximum Price Fixing, 48 the University of Chicago Law Rev. (1981).
- Hay, Ologopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law, 67 Cornell L. Rev. 439 (1982).
- H. Domsez, Why Regulate Utilities ? 11 J.L. & Econ. 55 (1968).
- Herbert Hovenkamp, The Sherman Act and the Classical Theory of Competition, republished in, The Political Economy of the Sherman Act, edited

by E. T. Sullivan, Oxford Univ. Press, 1991.
- Herbert Hovenkamp, Economics and Federal Antitrust Law, West Publishing Co., St. Paul Minn, 1985.
- Hiroshi Oda and R. Geolfrey Grice, Japanise Banking, Securities and Anti-Monopoly Law, Butterworths, London, 1988.
- Hornsby, Competition Policy in the 80s, More Policy Less Competition?, 12 E.L.R. 79 (1987).
- J. D. Heydon, The Restraint of Trade Doctorine, Butterworths, London, 1971.
- John Lopatka, The Care for Legal Enforecement of Price Fixing Agreement, 38 Economy Law Journal, Winter, 1989.
- John M. Kuchlman, Economic Issues in Recent Price Fixing Cases, 10-11, Antitrust Law and Economic Rev. 78-79.
- Karl Beier, Schricker and Fikentsher, German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws, 2nd., ed., VCH, Munich.
- Morkovits, A Response to Professor Posner, 28 Stan. L.R. 919 (1979).
- Lawrence A. Sullivan, The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints, 75 California Law Rev. 835 (1987).
- Leigh Hancher, Regulating for Competition, Government, Law and the Pharmaceutical Industry in the United Kingdom and France, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Loretto M. Leo, Price Fixing-Physicians Maximum Fee Agreement are Per se Violation of the Sherman Act, 60 J. Urban Law, 668 (1983).
- Neale and Goyder, The Antitrust Law of the U.S.A., 3rd, ed., Cambridge University Press, 1982.
- Oberdorfer, Gleissand Hirsch, Common Market Cartel Law, 2nd ed., Commerce Cleaning House, New York, 1971.
- O. Williamson, Franchise Bidding for Natural Monopolies, In General and with Respect to CATV, 7 Bell J. Econ., 73 (1976).
- Pass and Sparker, Control of Tacit Collusion in Britain, 15 Journal of World Trade and Law, 1981.
- Peltzman, The Gains and Losses from Industrial Concentration, 20 J.L. and Econ. 229 (1977).
- Posner, R., Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, 21 Sta. L.R. 1562 (1969).

- Posner, R., The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 U. Pa. L.R. 925 (1979).
- Raybould and Firth, Law of Monopolies, Competition Law and Practice in the U.S.A., EEC, Germany and the U.K., Graham and Trotman, London.
- Richard A. Reed, The Demise of the Per se Rule in Indirect Price Fixing Cases: Catalano, Inc v. Target Sales, 44 Albany Rev.
- Richard S. Wirtz, Purpose and Effect in the Sherman Act Conspiracies, 57 (1) Washington Law Rev. 1 (1981).
- Robin Carey, The Sherman Act, What did Congress Intend? The Antitrust Bulletin, Summer, 1989.
- Rudolph J. Peritz, The Rule of Reason in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition, republished in the Political Economy of the Sherman Act, edited by Thomas Sullivan, Oxford Univ. Press, 1991.
- Schecter, The Rule of Reason in the European Competition Law, 2 L.I.E.I. 1 (1982).
- Scherer, Industrial Market Structure and Economic Perforemence, 1979.
- Schwartz, Justic and Other Non Economic Golds of Antitrust, 127 U. Pa. L. R. 1076 (1979).
- Sweezy, Demand under Conditions of Oligopoly, 47 J. Political Economics, 568 (1973).
- Tim Frazer, Competition Policy after 1992: The Next Step, 53 M.L.R. 609, Sep. 90.
- Tim Frazer, Monopoly, Competition and the Law, 2nd, ed., Harvester Wheatsheaf, London, 1992. Richard Wish, Competition Law, 3rd. ed., Butterworths, London, 1993.
- Valentine Korah, EC Competition Law and Practice, 5th ed., Sweet & Maxwell, London, 1994.
- Valentine Korah, The Rise and Fall of Provisional Validity, the Need for a Rule of Reason in EEC Antitrust, Northwestern Journal of International Law and Business (1981).
- Weller, Antitrust and Health Care: Provider Controlled Health Plans and the Moricopa Decision, 8 A.M.J.KL. & Med. 223 (1982).
- Whish and Sufrin, Article 85 and Rule of Reason, 7 Yearbook of European Law, 1 (1987).
- Wyatt and Dashwood, The Substantive Law of the EEC, Sweet & Maxwell, London, 1980.